

МАТЕРІАЛЫ

ДЛЯ РАЗРАБОТКИ

ОХРАНИТЕЛЬНАГО ПРОИЗВОДСТВА.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	Стр.
Основныя положенія	1.
Соображенія государственнаго совѣта о необходимости отдѣленія охранительнаго порядка производства отъ тяжебнаго	2.
Общія соображенія объ отношеніи охранительнаго порядка производства къ тяжебному	4.
Извлеченіе изъ сочиненія В. Кукольника 1816 г.	18.
Значеніе охранительнаго порядка производства по римскому праву	19.
Охранительное производство во Франціи	21.
Основныя начала добровольнаго порядка производства во Франціи	23.
1) *Прошеніе*	—
2) *Распоряженіе предсѣдателя*	—
3) *Объясненіе просителя*	—
4) *Докладъ и заключеніе прокурора*	—
5) *Постановленіе суда*	34.
6) *Объявленіе рѣшенія противной сторонѣ чрезъ посредство судебнаго пристава*	—
7) *Право участія третьяго лица*	—
8) *Право отзыва*	—
9) *Апелляція и кассація*	35.
Охранительное производство по австрійскимъ законамъ	—
Охраненіе личныхъ правъ по русскимъ законамъ	42.
I. Объ актахъ состоянія въ отношеніи къ государству	43.
II. Законы о мѣстѣ жительства	46.
III. Безвѣстно-отсутствующіе	51.
IV. Порядокъ усыновленія	60.
V. Совершеніе актовъ по отношенію къ семейству	64.
VI. Объ опекунскихъ дѣлахъ	71.
1) *Назначеніе опеки надъ лицами, которыя не могутъ пользоваться гражданскими правами*	—
2) *Назначеніе опеки въ случаѣ споровъ*	—

Стр.

3) *Назначеніе опеки по распоряженію административной власти* . . . . 71.

4) *Назначеніе особыхъ видовъ опеки по случаю несостоятельности* . . . . 72.

Многочисленность случаевъ назначенія опекъ . . . . 73.

Разнообразіе мѣстъ, завѣдывающихъ опекунскими дѣлами . . . . 75.

Неопредѣлительность правилъ о назначеніи опеки и о надзорѣ за опекунскими учрежденіями . . 76.

МАТЕРІАЛЫ

ДЛЯ РАЗРАБОТКИ

ОХРАНИТЕЛЬНАГО ПРОИЗВОДСТВА.

(изслѣдованія С. Зарудняго).

Статьи 135—138 ч. III основныхъ положеній судебной реформы.

Въ концѣ III-й части Высочайше утвержденныхъ 29 Сентября 1862 г. основныхъ положеній помѣщены слѣдующія постановленія о порядкѣ обжалованій дѣйствій судебныхъ мѣстъ по дѣламъ, нынѣ называемымъ *дѣлами судебнаго управленія:*

1) Производство дѣлъ сего рода отдѣляется отъ порядка тяжебнаго и для нихъ установляются, въ замѣну примѣчанія къ статьѣ 496-й т. X, ч. 2 зак. гражд. судопр., особыя правила, каждому изъ сихъ особыхъ родовъ дѣлъ свойственныя (ст. 135).

2) Сюда относится разсмотрѣніе жалобъ на распоряженія судебныхъ мѣстъ, послѣдовавшія по просьбѣ одного или нѣсколькихъ лицъ о совершеніи какого либо дѣйствія по удостовѣренію или охраненію правъ частныхъ лицъ, какъ то: о совершеніи актовъ, о вызовѣ наслѣдниковъ умершаго лица и охраненіи его имѣнія, о вводѣ во владѣніе имѣніемъ, о раздѣлѣ наслѣдства, о выкупѣ имѣній, по ревизіи надъ опеками, о розысканіи безвѣстно-отсутствующихъ и вообще по всѣмъ дѣйствіямъ, для коихъ, по законамъ гражданскимъ (т. X ч. 1), требуется, въ удостовѣреніе воли частныхъ лицъ, содѣйствіе мѣстъ или лицъ судебнаго вѣдомства (ст. 136).

3) Сроки для подачи жалобъ по симъ дѣламъ, вмѣсто общаго десятилѣтняго, должны быть опредѣлены въ законѣ другіе, болѣе или менѣе продолжительные, смотря по тому, съ какого времени обжалованное дѣйствіе судебнаго мѣста могло сдѣлаться извѣстнымъ

всѣмъ лицамъ, правъ коихъ самое дѣйствіе касается: такимъ образомъ, для лицъ, участвовавшихъ въ совершеніи акта или другаго дѣйствія, срокъ на подачу жалобы долженъ быть исчисляемъ со времени *совершенія* акта, а для лицъ, неучаствовавшихъ въ совершеніи акта, касающагося въ чемъ либо ихъ правъ, со времени *оглашенія* акта (ст. 137).

4) Предварительное заключеніе прокурора въ этихъ дѣлахъ требуется тогда только, когда они, по свойству своему, подлежатъ его попеченію (ст. 138).

Соображенія государственнаго совѣта о необходимости отдѣленія охранительнаго производства отъ тяжебнаго.

Въ журналѣ Соединенныхъ Департаментовъ Государственнаго Совѣта, 30 Іюля 1862 г. № 65, въ объясненіе означенныхъ статей, сказано, «что смѣшеніе сихъ особыхъ родовъ дѣлъ съ дѣлами тяжебными составляетъ одну изъ весьма важныхъ причинъ несовершенства нашего гражданскаго судопроизводства; что дѣла сего рода заключаются въ разнообразныхъ производствахъ по жалобамъ на дѣйствія судебныхъ мѣстъ по удостовѣренію или охраненію правъ частныхъ лицъ; напримѣръ: по вводу во владѣніе, совершенію актовъ, раздѣлу наслѣдства, вызову наслѣдниковъ, ревизіи опекъ, розысканію безвѣстно-отсутствующихъ, о разныхъ мѣрахъ къ охраненію имущества и вообще по всѣмъ, называемымъ въ нашихъ законахъ дѣлами *судебнаго управленія* (примѣч. къ ст. 496 т. X ч. II зак. гражд. судопр.)».

«Особенность сихъ дѣлъ состоитъ въ томъ, что они возникаютъ не въ слѣдствіе спора, а по просьбѣ одного лица, или же по согласному прошенію двухъ или нѣсколькихъ лицъ объ исполненіи какого либо дѣйствія, предоставленнаго судебному мѣсту, напримѣръ: совершенія акта, ввода во владѣніе имѣніемъ, разрѣшенія выкупа имѣнія и т. п. Но въ послѣдствіи, если кто либо изъ лицъ, участвовавшихъ въ совершеніи акта или другаго дѣйствія, не доволенъ распоряженіемъ судебнаго мѣста, то, по жалобѣ сего лица, въ судебныхъ мѣстахъ возникаетъ про-

изводство, которое составляетъ не тяжбу между двумя частными лицами, а собственно споръ между судебнымъ мѣстомъ и одною изъ сторонъ. Какъ тѣмъ не менѣе предметомъ сего спора бываетъ нерѣдко самое право частныхъ лицъ, то отъ этого именно дѣла сіи вообще смѣшиваются съ тяжебными, между тѣмъ какъ здѣсь весьма часто нѣтъ противной стороны, могущей защищать свои права, и слѣдовательно не можетъ быть никакого состязанія, необходимаго условія тяжебнаго порядка; напримѣръ: если къ имѣнію безвѣстно-отсутствующаго предъявляются кѣмъ либо права, если послѣ умершаго нѣтъ наслѣдниковъ на лицо и необходимо сдѣлать распоряженіе о вызовѣ ихъ, о составленіи описи, опечатаніи и вообще о принятіи законныхъ мѣръ къ охраненію имѣнія. Неопредѣлительность постановленій сего рода и смѣшеніе оныхъ съ дѣлами тяжебными препятствуютъ правильному ходу тѣхъ и другихъ: слѣдовательно улучшеніе правилъ тяжебнаго судопроизводства состоитъ въ непосредственной зависимости отъ положительнаго установленія особаго порядка для разсмотрѣнія жалобъ на дѣйствія мѣстъ судебныхъ и правительственныхъ, коими права частныхъ лицъ удостовѣряются или охраняются.»

«Въ иностранныхъ законодательствахъ правила сего рода составляютъ послѣдній раздѣлъ гражданскаго судопроизводства и именуются производствомъ *добровольнымъ* или *неспорнымъ*. У насъ, кромѣ примѣчанія къ 496 ст. т. X ч. II-й гражданскаго судопроизводства, въ коемъ упоминается мимоходомъ о срокахъ на подачу прошеній по симъ дѣламъ, называемымъ *дѣлами судебнаго управленія*, никакихъ положительныхъ правилъ о порядкѣ производства сего рода дѣлъ не содержится. Посему, при установленіи основныхъ началъ гражданскаго судопроизводства, необходимо упомянуть и о томъ, что производство сего рода дѣлъ отдѣляется отъ тяжебнаго и будетъ подчинено особымъ правиламъ».

Въ видахъ развитія вышеизложенныхъ *четырехъ статей основныхъ положеній*, на точномъ основаніи соображеній Государственнаго Совѣта, составлены предлагаемыя здѣсь изслѣдованія по нѣкоторымъ отдѣльнымъ вопросамъ, относящимся до *охранительнаго* или *добровольнаго* порядка производства.

Общія соображенія объ отношеніи охранительнаго порядка производства къ тяжебному.

Частное производство дѣлъ гражданскихъ, по самому названію своему есть исключеніе изъ общаго, апелляціоннаго порядка: существо тяжбы разрѣшается апелляціоннымъ порядкомъ, а побочныя обстоятельства, возникающія при разсмотрѣніи существа дѣла, порядкомъ частнымъ, исключительнымъ.

Но независимо отъ частныхъ дѣлъ, составляющихъ неотъемлемую принадлежность и, такъ сказать, *оживотворящихъ* апелляціонный порядокъ, въ судебной практикѣ причисляются обыкновенно къ *частнымъ дѣламъ* и многія такія, которыя, по самобытности своей, вовсе не составляютъ необходимой принадлежности дѣлъ апелляціонныхъ, а по исключительности—не подходятъ подъ правила частнаго порядка.

Таковы суть напримѣръ: дѣла о совершеніи актовъ вообще, дѣла объ открытіи наслѣдства, дѣла о раздѣлахъ, о назначеніи опекъ надъ личностью и имуществомъ малолѣтныхъ и другихъ неполноправныхъ лицъ и многія другія.

Всѣ эти дѣла производятся въ судебныхъ мѣстахъ и правительствующемъ сенатѣ подъ названіемъ *дѣлъ частныхъ*, не смотря на то, что по исключительности своей онп вовсе не подходятъ подъ общія правила частнаго производства.

Исключительное свойство этихъ дѣлъ состоитъ въ томъ, что въ нихъ нѣтъ спора; нѣтъ противной стороны, и слѣдовательно дѣла эти вовсе не относятся къ *обстоятельствамъ какого-либо тяжебнаго дѣла*, но составляютъ дѣла независимыя, самобытныя, разрѣшаемыя по существу, а потому и жалобы по симъ дѣламъ приносимыя не подхо-

дятъ подъ опредѣленіе частныхъ жалобъ, по ст. 488 ч. II т. X, зак. уг. судопр., по коей частныя жалобы приносятся вообще на всѣ опредѣленія, коими рѣшится «*не самое существо дѣла, на какое либо обстоятельство онаго*».

Не смотря на это существенное различіе дѣлъ спорныхъ и неспорныхъ, въ дѣйствующихъ законахъ не указано особаго порядка для производства этихъ послѣднихъ дѣлъ, и потому они, по необходимости, подчиняются тяжебному порядку: апелляціонному или частному.

Самобытность и особенность дѣлъ неспорныхъ проистекаетъ изъ самой двойственности гражданскаго закона, который одною стороною своею касается положительной части права, опредѣляя сущность и принадлежности гражданскихъ отношеній, а другою касается охранительной части права, опредѣляя, какъ, какимъ законнымъ путемъ, то или другое право можетъ быть приведено въ дѣйствіе.

Такимъ образомъ, въ законахъ гражданскаго права, т. е. въ первой части тома десятаго, кромѣ опредѣленія взаимныхъ правъ и обязанностей частныхъ лицъ, излагается также и порядокъ установленія, удостовѣренія, утвержденія, охраненія и ограниченія сихъ правъ.

По этому, въ законахъ гражданскаго права заключаются *два вида* узаконеній:

1) *законы положительные*: о существѣ правъ и обязанностей;

2) *законы охранительные:* о порядкѣ установленія, утвержденія, охраненія и ограниченія правъ и обязанностей.

Законы охранительные заключаютъ въ себѣ не что иное, какъ правила о составленіи доказательствъ по всѣмъ предметамъ гражданскаго права и потому они относятся какъ къ личнымъ правамъ, такъ и къ правамъ по имуществу.

Въ отношеніи *личныхъ правъ* законы охранительные опредѣляютъ:

1) порядокъ составленія актовъ состоянія въ отношеніи лица къ государству, т. е. по-

рядокъ признанія его природнымъ обывателемъ, инородцемъ или иностранцемъ, принадлежности къ тому или другому состоянію, опредѣленія мѣста его жительства и порядокъ признанія его безвѣстнаго отсутствія;

2) порядокъ совершенія актовъ состоянія, по отношеніямъ къ семейству, какъ то: рожденія, брака, смерти и всѣхъ актовъ семейнаго и брачнаго союза;

3) порядокъ ограниченія личныхъ правъ, какъ то: назначенія опеки, попечительства и администраціи и т. п.

Въ отношеніи *права на имущество* законы охранительные опредѣляютъ:

1) порядокъ укрѣпленія правъ на имущества въ томъ значеніи, который указанъ въ статьѣ 707 т. X ч. 1 зак. гр., т. е. порядокъ совершенія всѣхъ условій, договоровъ и вообще актовъ по имуществу, и вводъ во владѣніе недвижимымъ имуществомъ;

2) порядокъ пріобрѣтенія правъ собственности, какъ-то: признаніе правъ наслѣдства по завѣщанію, безъ завѣщанія и учиненіе раздѣла.

По обширности сего предмета, вовсе не разработаннаго, точное исчисленіе многочисленныхъ видовъ неспорныхъ дѣлъ и опредѣленіе порядка разсмотрѣнія ихъ представляетъ крайнія затрудненія.

Самое названіе этихъ дѣлъ до настоящаго времени не установилось. По отличительному свойству этихъ дѣлъ, ихъ слѣдовало бы назвать дѣлами *безспорными* или *неспорными*, но это названіе можетъ повести къ смѣшенію съ безспорными, судебно-полицейскими дѣлами, правила о коихъ изложены въ статьяхъ 1—152 т. X ч. II, зак. угол. судопр. Въ отчетахъ министерства юстиціи эти дѣла называются *частными*, но это производитъ смѣшеніе ихъ съ частными *тяжебными* дѣлами. Въ нашихъ законахъ они называются *дѣлами судебнаго управленія* (примѣч. къ ст. 496 т. X ч. II зак. гр. судопр.), но это названіе, нисколько не объясняя сущности этихъ дѣлъ, смѣшиваетъ ихъ съ судебною администраціею вообще. Въ иностранныхъ законо-

дательствахъ эти дѣла извѣстны подъ различными названіями, какъ то: *juridiction graciuse*, *volontaire*, *honoraire*, *procèdure tutelaire*, *non contentieuse* и т. п.

Мы рѣшились ихъ назвать дѣлами *охранительными*, хотя и это названіе имѣетъ то неудобство, что вообще все судопроизводство принадлежитъ къ разряду законовъ охранительныхъ, а не положительныхъ.

Въ нашихъ законахъ находятся слѣдующія три главныя указанія на эти особенныя дѣла:

1) по ст. 4049-й т. II общ. губ. учр. къ частному порядку отнесены жалобы на дѣйствія судебныхъ мѣстъ по выкупу имѣній и совершенію купчихъ и другихъ крѣпостей;

2) въ примѣчаніи къ статьѣ 496-й т. X ч. II гражд. судопр. сказано, что общіе сроки, для частныхъ жалобъ установленные, не простираются на частныя жалобы, приносимыя *по дѣламъ судебнаго управленія, каковы суть: акты въ судебныхъ мѣстахъ какъ крѣпостнымъ, такъ и явочнымъ порядкомъ совершаемые*;

3) въ ст. 716-й т. II учр. губ. есть въ числѣ прочихъ параграфовъ § VII, коимъ къ вѣдомству губернскаго правленія отнесены, подъ именемъ *дѣлъ по судебному управленію*, дѣла о взысканіи по безспорнымъ обязательствамъ и распоряженія объ учрежденіи конкурсовъ.

Изъ этихъ указаній можно вывести заключеніе, что дѣлами *судебнаго управленія* у насъ называются по закону дѣла по совершенію актовъ, объ учрежденіи конкурсовъ, о взысканіи по обязательствамъ безспорнымъ порядкомъ, и что общіе сроки, установленные для *частныхъ тяжебныхъ* дѣлъ не примѣняются къ дѣламъ сего рода, но какими именно сроками надлежитъ руководствоваться при производствѣ дѣлъ судебнаго управленія этого наши законы положительно не разрѣшаютъ.

Кромѣ того изъ отчетовъ министерства юстиціи видно, что въ практикѣ къ *частнымъ* дѣламъ отнесены, кромѣ дѣлъ по совершенію актовъ и учрежденію конкурсовъ, и другія

дѣла, которыя также не принадлежатъ къ дѣламъ частнымъ, состоящимъ въ непосредственной зависимости отъ дѣлъ апелляціонныхъ, напримѣръ:

1) о назначеніи опеки и по ревизіи опекунскихъ отчетовъ;

2) о продажахъ и залогахъ имѣній малолѣтныхъ;

3) объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства;

4) о вводѣ во владѣніе имѣніемъ.

Это исчисленіе охранительныхъ дѣлъ основано на отрывочныхъ указаніяхъ нашихъ законовъ по сему предмету и на отчетахъ министерства юстиціи, и потому оно вовсе не исчерпываетъ всѣхъ предметовъ охранительнаго производства.

Вообще въ нашихъ законахъ нельзя не замѣтить крайняго смѣшенія дѣлъ неспорныхъ съ спорными, и смѣшеніе это на практикѣ имѣетъ чрезвычайно вредныя послѣдствія.

Дѣйствія правительственнаго или судебнаго мѣста по приведенію охранительныхъ законовъ въ исполненіе могутъ по необходимости вызвать жалобу частныхъ лицъ, права коихъ удостовѣряются или охраняются; жалоба сія возбуждаетъ не тяжбу, а споръ между мѣстомъ, совершавшимъ безспорное дѣйствіе и частнымъ лицомъ, о правахъ коего послѣдовало распоряженіе; по исключительности этого спора разрѣшеніе онаго не можетъ подлежать общимъ правиламъ тяжебнаго производства. Отсюда возникаетъ необходимость особаго производства дѣлъ по частнымъ жалобамъ, дѣлъ спорныхъ — но не тяжебныхъ.

Дѣйствія какъ охранительнаго, такъ и тяжебнаго производства, т. е. какъ порядокъ самаго установленія правъ, такъ и порядокъ разрѣшенія возникающихъ по нарушенію оныхъ споровъ между частными лицами и жалобъ частныхъ лицъ на дѣйствія охранительнаго порядка, предполагаютъ существованіе особыхъ государственныхъ учрежденій.

По общему правилу, разрѣшеніе споровъ

порядкомъ тяжебнымъ предоставлено мѣстамъ судебнымъ, которыя опредѣляютъ права и обязанности частныхъ лицъ, но не иначе какъ по требованію, возникающему въ слѣдствіе спора.

Но споры составляютъ уже послѣдствіе нарушенія права, неисполненія обязанности, а чтобы самыя права и обязанности могли считаться законными и служить правильнымъ основаніемъ спора, необходимо, чтобы они были созданы свободною волею частныхъ лицъ и удостовѣрены, въ случаѣ надобности, предварительными безспорными дѣйствіями правительства; *въ чемъ собственно и состоитъ порядокъ охранительнаго производства.* Въ большей части случаевъ, къ совершенію означенныхъ дѣйствій правительство не можетъ приступить безъ прошенія частнаго лица, точно также какъ и къ разрѣшенію дѣлъ тяжебныхъ: но прошеніе сіе не предполагаетъ еще спора и не возбуждаетъ тяжебнаго производства. Въ подобномъ прошеніи возбуждается лишь мѣра предупредительная, не что иное, какъ удостовѣреніе существующаго права и составленіе доказательства въ видахъ предупрежденія спора.

Различіе между дѣйствіями по разрѣшенію споровъ о нарушеніи правъ и по охраненію и удостовѣренію сихъ правъ безспорнымъ, охранительнымъ порядкомъ весьма просто.

Въ *первомъ случаѣ* разрѣшается споръ двухъ лицъ, имѣющихъ противоположные интересы, *во второмъ,* исполняется желаніе одного лица или же согласное желаніе многихъ лицъ, въ видахъ обеспеченія на будущее время исполненія свободной воли, получившей силу права и это желаніе облекается въ законную, обязательную форму.

Тѣмъ не менѣе вопросъ: можно-ли возлагать на судебныя мѣста обязанность совершать дѣйствія не только тяжебнаго, но и охранительнаго порядка возбуждаетъ различныя затрудненія. Охранительные законы опредѣляютъ порядокъ составленія доказательствъ гражданскаго права на случай спо-

ра, и потому возложеніе дѣйствій охранительнаго порядка на судебныя мѣста возбуждаетъ слѣдующія главныя неудобства:

во 1-хъ, судебныя мѣста отвлекаются отъ главныхъ своихъ обязанностей—разсмотрѣнія судебныхъ дѣлъ, множествомъ занятій, принадлежащихъ по существу своему совершенно къ другой категоріи.

во 2-хъ, дѣйствія охранительнаго порядка, какъ выше было объяснено, удостовѣряютъ, охраняютъ и ограничиваютъ права частныхъ лицъ. Правильное совершеніе акта, своевременный вводъ во владѣніе, соблюденіе всѣхъ правилъ вызова наслѣдниковъ, законное назначеніе опеки, допущеніе усыновленія по закону,— всѣ эти дѣйствія, удостовѣряя, охраняя и ограничивая существующія и возраждающіяся права, предупреждаютъ тяжбы. Напротивъ, всякое отступленіе въ сихъ случаяхъ отъ формъ, закономъ предписанныхъ, подавая поводъ къ уничтоженію акта или событія, влечетъ за собою споры и составляетъ начало тяжбы; между тѣмъ жалобы спорящихся поступаютъ въ тѣ же судебныя мѣста, которыя совершали охранительныя дѣйствія: можетъ ли при этомъ судебное мѣсто, совершившее актъ или другое охранительное дѣйствіе, разсматривать безпристрастно тяжбу, возникшую въ слѣдствіе неправильнаго совершенія своего собственнаго дѣйствія, т. е. судить о послѣдствіяхъ неправильности своихъ дѣйствій: судебныя мѣста, дѣлаясь въ такомъ случаѣ въ нѣкоторомъ отношеніи судьею своихъ дѣйствій, утрачиваютъ необходимое свойство суда—безпристрастіе; въ слѣдствіе сего возникаютъ столкновенія, неудобства, затрудненія въ рѣшеніяхъ и нескончаемая продолжительность тяжбы;

въ 3-хъ, на неправильное совершеніе акта нисшимъ судебнымъ мѣстомъ приносится частная жалоба высшему судебному мѣсту, но признаніе акта неправильно совершеннымъ влечетъ за собою уничтоженіе онаго: слѣдовательно въ разрѣшеніи частной жалобы о неправильномъ совершеніи акта весьма часто заключается и разрѣшеніе вопроса о

правѣ собственности, а потому и частное дѣло дѣлается самобытнымъ, независящимъ отъ апеляціоннаго. Высшее судебное мѣсто при разрѣшеніи такой частной жалобы обязано или разрѣшить частнымъ порядкомъ дѣло въ существѣ, или же предоставить тяжущимся право начать искъ въ томъ самомъ судебномъ мѣстѣ, которое совершало актъ.

Въ *первомъ случаѣ*, въ противность общаго порядка, дѣло разрѣшается въ существѣ частнымъ порядкомъ, и при томъ высшею инстанціею мимо низшей, не смотря на то, что оно имѣетъ предметомъ споръ о правѣ собственности на недвижимое или движимое имѣніе. Производство сихъ дѣлъ частнымъ порядкомъ несправедливо и неудобно. Несправедливо,-потому что отъ произвола судебныхъ мѣстъ зависитъ разрѣшить дѣло въ существѣ, безъ истребованія возраженія противной стороны и слѣдовательно безъ всякихъ охранительныхъ формъ состязательнаго процеса; неудобно,-потому что въ практикѣ предъявленный кѣмъ либо споръ по дѣламъ охранительнымъ отвергается рѣдко; прошенія и жалобы принимаются большею частью безъ истребованія объясненій или возраженій противной стороны, и какъ на предъявленіе подобныхъ прошеній не существуетъ въ законѣ положительныхъ правилъ, то въ отношеніи принятія оныхъ и сообщенія имъ дальнѣйшаго хода не соблюдается никакихъ сроковъ; число прошеній не ограничено; постороннія лица также допускаются съ разными домогательствами, и такимъ образомъ возникаетъ неправильное, многосложное и, такъ сказать, безсрочное производство.

Во *второмъ случаѣ*, т. е. при предоставленіи тяжущемуся права начать искъ, составляющій послѣдствіе неправильности дѣйствій охранительнаго порядка, въ томъ самомъ мѣстѣ, которое совершало сіе дѣйствіе, возникаетъ другое неудобство: самъ судъ, совершавшій актъ, или другое исполнительное дѣйствіе, т. е. составлявшій доказательство въ видахъ предупрежденія спора, разрѣшаетъ тяжбу, составляющую не что иное, какъ по-

слѣдствіе неправильности его дѣйствій, незаконности составленнаго имъ доказательства. Такимъ образомъ, судъ, дѣлаясь судьею собственныхъ дѣйствій, по необходимости изыскиваетъ всѣ средства, чтобъ доказать правильность оныхъ, умышленно замедляетъ и запутываетъ дѣло, и чрезъ нѣсколько лѣтъ оно вновь доходитъ до высшаго судебнаго мѣста и представляетъ въ разрѣшеніи своемъ новыя затрудненія.

Совершенное отсутствіе въ законахъ какихъ либо правилъ о порядкѣ разсмотрѣнія частныхъ жалобъ по дѣламъ охранительнымъ предоставляетъ произвольному усмотрѣнію судебнаго мѣста: или разрѣшеніе частнаго дѣла въ существѣ частнымъ порядкомъ, или же обращеніе онаго къ порядку апеляціонному и вопросъ: подлежитъ-ли дѣло судебному разсмотрѣнію,-возбуждаетъ въ судебныхъ мѣстахъ, при разрѣшеніи подобныхъ дѣлъ, постоянно разногласіе и весьма часто разрѣшается разнообразно, именно потому что произволъ судьи не ограниченъ въ дѣлахъ сего рода никакими правилами закона.

Смѣшеніе неспорныхъ дѣлъ съ дѣлами апеляціонными составляетъ одну изъ главныхъ причинъ медленности и запутанности нашего судопроизводства: число подаваемыхъ по симъ дѣламъ отъ тяжущихся прошеній не ограничено; прошеніе одной стороны не предъявляется сторонѣ противной; по усмотрѣнію суда эти прошенія или просто принимаются къ свѣдѣнію, или служатъ предлогомъ къ новой перепискѣ; объясненіе судебнаго мѣста по жалобѣ одной стороны принимается высшимъ мѣстомъ или за фактъ доказанный, или же оставляется безъ всякаго вниманія, если высшій судъ покровительствуетъ, по какимъ бы ни было причинамъ, сторонѣ, подавшей жалобу на дѣйствіе низшаго суда.

Никакихъ сроковъ при производствѣ этихъ дѣлъ не соблюдается, потому что въ примѣчаніи къ статьѣ 496-ой т. X ч. II зак. гражд. судопр. именно сказано, что общіе сроки не распространяются на эти дѣла. Самая статья 496-я, которая, по смыслу примѣчанія къ

оной, не должна имѣть никакого примѣненія къ этимъ дѣламъ, на дѣлѣ служитъ законнымъ поводомъ замедлять ходъ оныхъ до безконечности.

По отчетамъ министерства юстиціи такихъ частныхъ дѣлъ охранительнаго порядка гораздо болѣе, нежели апеляціонныхъ. Разрѣшеніе ихъ бываетъ нерѣдко затруднительнѣе разрѣшенія дѣлъ апеляціонныхъ, и весьма часто подобныя дѣла производятся нѣсколько лѣтъ частнымъ порядкомъ и наконецъ, въ слѣдствіе разнообразныхъ частныхъ жалобъ, передаются въ судебныя мѣста для производства общимъ, апеляціоннымъ порядкомъ. Неопредѣлительность правилъ въ дѣлахъ сего рода и смѣшеніе оныхъ съ дѣлами тяжебными препятствуетъ ходу сихъ послѣднихъ, и слѣдовательно, улучшеніе правилъ тяжебнаго судопроизводства состоитъ въ непосредственной зависимости отъ установленія положительныхъ правилъ для дѣлъ охранительнаго порядка, т. е. правилъ о порядкѣ удостовѣренія правительствомъ гражданскихъ правъ частныхъ лицъ и разсмотрѣнія жалобъ на дѣйствія мѣстъ судебныхъ или правительственныхъ, коими права частныхъ лицъ удостовѣряются или охраняются.

Извлеченіе изъ сочиненія В. Кукольника 1816 г.

Русская литература чрезвычайно бѣдна изслѣдованіями объ охранительномъ порядкѣ производства; весьма рѣдко можно найти указанія на особенный характеръ дѣлъ этого рода и на необходимость разграниченія ихъ отъ дѣлъ тяжебныхъ.

Можно указать на одно только сочиненіе, въ коемъ видно стремленіе сдѣлать точное исчисленіе охранительныхъ дѣлъ и обозначить отличительныя свойства самаго порядка ихъ разсмотрѣнія. Это сочиненіе Василія Кукольника: *россійское частное гражданское право*, написанное еще въ 1816 г.; оно потому въ особенности любопытно, что написано еще до изданія свода законовъ, и потому основано исключительно на источникахъ нашихъ законовъ.

Во второй части сего сочиненія мы находимъ *отдѣленіе III* подъ названіемъ: обрядъ судебнаго дѣлопроизводства по прочимъ, къ гражданскимъ судамъ отнесеннымъ, *неисковымъ* дѣламъ.

Воззрѣнія автора на этотъ предметъ для большей точности, излагаются здѣсь буквально, съ удержаніемъ его системы и терминологіи.

«*Неисковыя или текущія дѣла*, относящіяся къ гражданскимъ судамъ, суть тѣ, коихъ цѣль состоитъ или въ соблюденіи правъ гражданъ отъ нарушенія; или въ предохраненіи отъ сомнительности, которой могли бы они въ теченіи времени подвергнуться, не будучи законнымъ образомъ обезпечены; или напослѣдокъ въ доставленіи другимъ судебнымъ мѣстамъ и властямъ требуемыхъ ими средствъ и пособій къ успѣшнѣйшему достиженію общеполезной цѣли по ихъ должностямъ.

Главнѣйшія дѣла сего рода суть слѣдующія: 1) дѣла по опекѣ и попечительству; 2) крѣпостныя дѣла; 3) дѣла по закладнымъ и другимъ долговымъ обязательствамъ; 4) явка записей, свидѣтельствованіе разныхъ сдѣлокъ и дача съ оныхъ въ случаѣ надобности выписей; 5) отдача во владѣніе пріобрѣтенныхъ имѣній; 6) размежеваніе чрезполосныхъ земель и общихъ дачъ; 7) производство дѣлъ по особеннымъ препорученіямъ; 8) доставленіе требуемыхъ другими присутственными мѣстами справокъ и рапортовъ о вершенныхъ и невершенныхъ, исполненныхъ и неисполненныхъ дѣлахъ присутственными мѣстами и начальствами, и проч.

Нѣкоторыя изъ упомянутыхъ дѣлъ принадлежатъ извѣстнымъ мѣстамъ исключительно, другія же производятся въ разныхъ судахъ постепенно, иныя производятся въ томъ, либо въ другомъ судѣ, смотря по обстоятельствамъ или требованіямъ.

1) Дѣла по опекѣ и попечительству.

Опекуны или бываютъ назначаемы въ духовномъ завѣщаніи, или избираются дворянскою опекою либо сиротскимъ судомъ.

Дворянская опека и сиротскій судъ вводятъ опекуновъ въ отправленіе ихъ должности при соблюденіи слѣдующихъ обрядовъ: 1) отряжаютъ секретаря, который, въ присутствіи опекуновъ и двухъ свидѣтелей, дѣлаетъ опись всему имуществу малолѣтныхъ, изъ коей одна копія, за скрѣпою секретаря и подписью свидѣтелей и опекуновъ, отдается опекунскому правительству, а другая опекуну. 2) Дворянская опека или сиротскій судъ даютъ опекунамъ подробное наставленіе, долженствующее служить имъ руководствомъ въ отправленіи ихъ должности.

Гражданскія палаты, получая отъ подчиненныхъ имъ мѣстъ годовые отчеты объ опекунскомъ правленіи, разсматриваютъ оные надлежащимъ порядкомъ, и имѣютъ за дворянскими опеками и сиротскими судами наблюденіе, дабы вездѣ польза въ управленіи оныхъ сохранена была соотвѣтственно узаконеніямъ. О встрѣтившейся необходимости отчуждать какую либо часть недвижимаго имѣнія малолѣтныхъ гражданская палата, находя причины опекунскихъ правительствъ основательными, обязана входить съ представленіемъ въ правительствующій сенатъ, и спрашивать разрѣшеніе.

2) *Крѣпостныя дѣла.*

Законами предписано вообще крѣпости совершать въ гражданскихъ палатахъ; въ уѣздныхъ же судахъ позволено писать такіе только предметы, кои цѣною не превосходятъ 100 рублей. Равнымъ образомъ закладныя на движимое имущество, и крѣпостныя заемныя письма безъ залога можно писать у крѣпостныхъ дѣлъ въ палатахъ и въ уѣздныхъ судахъ безъ различія между мѣстами, въ какой бы то суммѣ ни было, и безъ взятія пошлинъ, съ употребленіемъ однако же приличной вексельной гербовой бумаги. Для записыванія крѣпостей имѣются въ судахъ особенныя, такъ называемыя, крѣпостныя книги.

3) Дѣла по закладнымъ и другимъ долговымъ обязательствамъ, составленнымъ у крѣпостныхъ дѣлъ.

Сюда относятся: 1) явка закладныхъ, уплаченныхъ въ надлежащіе сроки, 2) явка просроченныхъ закладныхъ, 3) запрещеніе на имѣнія за долги и разрѣшеніе, 4) свидѣтельства, даваемыя на недвижимыя имѣнія для займа денегъ и поручительства.

4) Явка и свидѣтельствованіе разныхъ записей, сдѣлокъ и проч. и дача въ случаѣ надобности просителямъ съ оныхъ выписокъ.

Для предупрежденія споровъ, возникающихъ отъ сомнительности о правахъ, предписано законами, чтобъ записи и сдѣлки являемы и свидѣтельствуемы были въ надлежащихъ присутственныхъ мѣстахъ; такъ же въ случаѣ надобности были бы даваемы просителямъ съ оныхъ выписки, нужныя для доказательства оспориваемыхъ правъ. Сюда принадлежатъ: 1) явка купчихъ; 2) записка домовыхъ духовныхъ; 3) записка домовыхъ заемныхъ писемъ; 4) домовыхъ отпускныхъ; 5) свидѣтельствованіе вѣрющихъ писемъ; 6) записка экстрактовъ въ паргаменныя книги; 7) дача выписей изъ книгъ вмѣсто утраченныхъ документовъ.

5) Отдача во владѣніе имѣній, пріобрѣтаемыхъ чрезъ наслѣдство, покупку и подъ другими законными предлогами.

Предметы дѣлъ, сюда принадлежащіе суть: 1) дѣлежъ наслѣдственнаго имѣнія въ случаѣ, когда наслѣдники въ законный срокъ полюбовно не сдѣлали онаго; 2) отказъ недвижимыхъ имѣній, пріобрѣтаемыхъ подъ законными предлогами, за пріобрѣтателями оныхъ.

Для окончательнаго дѣлежа всякаго рода наслѣдственнаго имѣнія положенъ законами двухгодовой срокъ. Ежели въ теченіи сего времени наслѣдники, будучи несогласны между собою, не окончатъ онаго полюбовно; то

надлежащее присутственное мѣсто, уѣздный судъ, или въ городѣ магистратъ, налагаетъ запрещеніе на все наслѣдственное имѣніе, и отдаетъ дворянское, уѣздный судъ—въ призрѣніе дворянской опеки, а городовое-магистратъ, въ призрѣніе сиротскаго суда, и отъ оныхъ опредѣляются для управленія таковыхъ имѣній попечители. Между тѣмъ уѣздный судъ или городовой магистратъ раздѣляетъ наслѣдственное имѣніе между наслѣдниками по силѣ завѣщанія, или въ недостаткѣ онаго по предписанію законовъ, взыскивая со всего имѣнія пени 6 процентовъ въ приказъ общественнаго призрѣнія той губерніи, гдѣ то имѣніе находится на счетъ тѣхъ наслѣдниковъ, кто ябедою и неспокойствомъ былъ причиною таковаго медленія. Взысканіе пени поручается старанію губернскихъ прокуроровъ и стряпчихъ.

Для утвержденія права собственности гражданъ въ недвижимыхъ имѣніяхъ, пріобрѣтаемыхъ куплею, либо другимъ какимъ нибудь законнымъ способомъ, предписано законами вводить ихъ пріобрѣтателей во владѣніе установленнымъ порядкомъ; что и называется судейскимъ отказомъ.

6) Размежеваніе чрезполосныхъ земель и общихъ дачъ на требованіе владѣльцевъ оныхъ.

Къ должности уѣзднаго суда принадлежитъ обще съ присяжнымъ землемѣромъ осматривать на мѣстѣ спорныя межи и границы, объявляя какъ истцу, такъ и отвѣтчику срокъ таковаго осмотра за шесть недѣль. Сверхъ того когда владѣльцы, имѣющіе чрезполосныя, или общія земляныя дачи, пожелаютъ всѣ вообще тѣ земли размежевать порознь къ однимъ мѣстамъ, то дѣло сіе неиначе можетъ быть производимо, какъ по разсмотрѣнію и повелѣнію уѣзднаго суда, въ вѣдомствѣ коего находятся оныя дачи.

7 и 8) Производство дѣлъ по особенному препорученію высшихъ присутственныхъ мѣстъ, и о доставленіи справокъ на отношеніе, либо требованіе другихъ правительствъ и высшихъ начальствъ.

Когда частные граждане, или тѣ, коимъ поручено наблюденіе за порядкомъ въ судебныхъ мѣстахъ, принесутъ на оныя жалобу безъ апелляціи, или войдутъ рапортомъ въ правительствующій сенатъ, либо къ другому начальству, коему оныя мѣста подчинены, то часто въ слѣдствіе таковой жалобы или донесенія препоручаютъ сіи власти производство дѣла, составляющаго предметъ жалобы, другому судебному мѣсту, къ коему оное первоначально и по предписанному порядку не принадлежитъ. Поелику препорученія высшихъ властей относительно къ подчиненнымъ имъ мѣстамъ суть не иное что, какъ законныя повелѣнія, то каждое судебное мѣсто обязано выполнять оныя въ точности по предписанному порядку, и доносить о томъ высшему мѣсту или начальству, отъ коего дано было препорученіе.

Сюда нѣкоторымъ образомъ принадлежитъ доставленіе справокъ на требованіе разныхъ присутственныхъ мѣстъ и начальствъ. По вступившимъ таковымъ требованіямъ судебное мѣсто даетъ резолюцію объ исполненіи оныхъ. Канцелярія дѣлаетъ справки въ повытьѣ или въ архивѣ, и при отношеніи отъ присутствія доставляетъ оныя въ узаконенные сроки тѣмъ мѣстамъ или начальствамъ, кои требовали оныя».

Вопросъ объ охранительномъ порядкѣ производства, по новости своей требуетъ самаго тщательнаго разъясненія. Здѣсь излагаются, въ самыхъ краткихъ чертахъ, изслѣдованія о значеніи этого порядка по римскому праву, во Франціи и въ Австріи. Изслѣдованія эти, бо́льшею частію составляютъ извлеченія изъ сочиненій иностранныхъ юристовъ, касавшихся впрочемъ этого предмета или мимоходомъ по

поводу другихъ вопросовъ, или разсматривавшихъ его съ какой либо особенной точки зрѣнія.

Главнѣйшими источниками настоящей работы послужили: въ отношеніи къ римскому праву и къ законамъ французскимъ сочиненія: 1) *Bertin: chambre du conseil.* 2) *Bordeau: philosophie de la procédure civile* и 3) *Jeannest saint Hilaire: du notariat et des offices*; а въ отношеніи къ Австрійскимъ законамъ: *Sonzogno: Manuale della procedura non contenziosa* и изданный въ Австріи 9 Августа 1854 года законъ о добровольномъ судопроизводствѣ.

Значеніе охранительнаго порядка производства по римскому праву.

По римскому праву существенное различіе между тяжебнымъ производствомъ *(inter nolentes)* и судопроизводствомъ охранительнымъ *(inter volentes)* заключалось въ томъ, что судъ производился публично, въ опредѣленномъ мѣстѣ *(forum)* и въ назначенное время, а дѣйствія добровольнаго судопроизводства могли быть совершаемы во всякое время и во всякомъ мѣстѣ: *quocumque loco*, и публичность не была для нихъ необходимымъ условіемъ.

Это *общее* правило явствуетъ изъ различныхъ *частныхъ* правилъ, относящихся до дѣйствій добровольнаго производства: такимъ образомъ, въ дигестѣ (L. 2. *De officio proconsulis*), сказано: *Omnes proconsules, statim quum urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam ut esse manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri*; «Проконсулы и внѣ города сохраняютъ за собою право юрисдикціи не тяжебнаго, но добровольнаго судопроизводства. Имъ предоставляется полная возможность не только утверждать освобожденіе рабовъ, но даже освобождать дѣтей отъ власти родительской и совершать обрядъ усыновленія».

Далѣе въ дигестѣ (L. 36 *De adoptionibus et emancipationibus)* сказано: *Emancipare filium a patre quocumque loco posse constat ut exeat de patria potestate.* «Освобожденіе отъ родительской власти можетъ быть совершаемо *вездѣ*».

Слова: *quocumque loco*, по мнѣнію Потье, показываютъ, что преторъ не былъ обязанъ

для удостовѣренія освобожденія быть въ судѣ; онъ имѣлъ право совершать дѣйствія сего рода вездѣ, даже когда онъ шелъ въ театръ, въ баню: *Non solum pro tribunali, sed in transitu, in balneo*. Въ доказательство той же мысли можно привести § 11 кн. 1 институтовъ: *Servi autem, a dominis semper manumitti solent; adeo ut vel transitu manumittantur, veluti quum proetor, aut praeses, aut proconsul in balneum, vel in theatrum eant*. «Обычай допускаетъ ос«вобожденіе рабовъ во всякое время, даже на «дорогѣ: напримѣръ, когда преторъ или про«консулъ или начальникъ области, идетъ въ «театръ, въ баню.»

Древнее римское право заключаетъ въ себѣ, въ разныхъ частныхъ случаяхъ, много формъ добровольнаго производства и подробностей разнообразныхъ дѣйствій удостовѣренія и передачи правъ. Это объясняютъ символическимъ характеромъ древняго римскаго права. Такъ: можно найти много правилъ о физическихъ или символическихъ дѣйствіяхъ преторовъ при удостовѣреніи усыновленія, освобожденія, назначенія опекуна или попечителя, при вскрытіи завѣщаній и т. п., но случаи эти неподведены подъ общія правила и даже не всегда отнесены къ добровольному производству, систематическаго и точнаго изложенія коего вовсе не находится въ источникахъ римскаго права; хотя же въ первое время и существовало строгое различіе между обязанностями претора или проконсула, на которыхъ по большей части были возложены дѣйствія добровольнаго судопроизводства и судьи, который занимался исключительно публичнымъ разрѣшеніемъ споровъ, но въ послѣдствіи самыя обязанности судьи и претора были смѣшаны, строгость формъ древняго права, смягчаясь мало по малу, перешла въ формулы, которыя замѣнили символическія дѣйствія охранительнаго и тяжебнаго производства, и наконецъ самое различіе между этими двумя судопроизводствами почти совершенно утратилось. Поэтому и западная Европа приняла въ наслѣдство изъ римскаго права общую мысль о различіи добровольна-

го и тяжебнаго судопроизводства,—но не получила, кромѣ вышеизложеннаго различія, относящагося лишь до времени и мѣста совершенія дѣйствій того и другаго порядка, никакихъ положительныхъ правилъ, ни о предметахъ добровольнаго производства, ни о предѣлахъ, которые бы разграничивали съ точностью эти два рода производствъ. Рѣзкой черты между двумя судопроизводствами проведено не было. Оба они были отнесены къ обязанностямъ мѣстъ судебныхъ и потому по необходимости правила одного судопроизводства примѣнялись къ другому.

Такимъ образомъ въ законодательствахъ Европейскихъ государствъ обнаруживается равнымъ образомъ стремленіе отдѣлить тяжебное судопроизводство отъ охранительнаго, но оно не выражено въ законахъ положительно, и хотя нѣкоторыя дѣйствія добровольнаго судопроизводства и отдѣлены въ нѣкоторыхъ государствахъ отъ мѣстъ судебныхъ, напримѣръ: нотаріатъ во Франціи и въ Италіи, но большая часть дѣйствій этого порядка возлагается почти вездѣ на судебныя мѣста.

Охранительное производство во Франціи.

Jeannest saint Hilaire, въ своемъ сочиненіи *Du Notariat et des offices*, p. 258, доказываетъ необходимость установленія точныхъ правилъ охранительнаго или добровольнаго судопроизводства.

Авторъ сочиненія о нотаріатѣ въ гл. IX между прочимъ доказываетъ, что «строгое раздѣленіе добровольнаго и тяжебнаго производства необходимо въ видахъ обезпеченія скорости отправленія правосудія и правильности рѣшеній судебныхъ мѣстъ по тяжебнымъ дѣламъ: малѣйшее въ этомъ отношеніи смѣшеніе обязанностей можетъ повести къ неисчислимымъ безпорядкамъ въ общественной жизни. Неполнота законовъ о добровольномъ судопроизводствѣ будетъ постоянно производить затрудненія въ разрѣшеніи дѣлъ тяжебныхъ до тѣхъ поръ, пока новыя ясныя правила по сему предмету не разрѣшатъ всѣхъ затрудненій, возникающихъ при дѣйствіи существующихъ нынѣ узаконеній».

«Для того, чтобы объяснить эти затрудненія, необходимо прежде всего указать случаи смѣшенія этихъ производствъ и границы, коими слѣдовало бы раздѣлить эти два особенныя рода дѣйствій».

«Къ добровольному судопроизводству относятся всѣ безспорныя дѣйствія гражданской жизни».

«Къ тяжебному—напротивъ, принадлежатъ лишь случаи столкновеній между частными лицами и споровъ, безъ разрѣшенія коихъ нельзя опредѣлить, кто изъ нихъ имѣетъ право на совершеніе гражданскихъ актовъ».

«Изъ сего видно, что добровольное судопроизводство заслуживаетъ особеннаго, можно даже сказать, преимущественнаго вниманія законодателя. И дѣйствительно: цѣль гражданскаго общества есть обезпеченіе общественнаго спокойствія, которое ограждается болѣе всего соглашеніемъ, удостовѣреніемъ и охраненіемъ заключаемыхъ между частными лицами условій и правильнымъ опредѣленіемъ отношеній частныхъ лицъ между собою и между ними и цѣлымъ обществомъ».

«Правила по сему предмету, ограждающія, можно сказать, общественную жизнь во всѣхъ ея видоизмѣненіяхъ, и составляютъ то, что называется добровольнымъ судопроизводствомъ».

«Тяжебное судопроизводство возникаетъ тогда только, когда спокойствіе нарушено неисполненіемъ общаго закона или частнаго условія и когда это нарушеніе возбуждаетъ борьбу противоположныхъ интересовъ: слѣдовательно добровольное судопроизводство должно быть общимъ правиломъ, а тяжебное исключеніемъ. Юридическая статистика показываетъ, что дѣлъ добровольнаго производства несравненно болѣе чѣмъ дѣлъ тяжебныхъ».

«Лица, которыя обращаются къ правительству съ прошеніями о совершеніи дѣйствій добровольнаго производства, заслуживаютъ болѣе участія, чѣмъ тяжущіеся. Первыя дѣйствуютъ подъ вліяніемъ уваженія къ исполненію договоровъ и стремленія ограничить

свои права въ отношеніи къ правамъ другихъ лицъ и, для избѣжанія споровъ и тяжебнаго производства, стѣсняютъ свой произволъ. Тяжущіяся, напротивъ находятся непремѣнно въ борьбѣ или съ закономъ, или съ ихъ собственными договорами, или же съ своею совѣстью: ибо въ рѣшеніяхъ судебныхъ мѣстъ одна изъ сторонъ почти всегда обвиняется въ томъ или въ другомъ».

«Правительству отправленіе добровольнаго судопроизводства стоитъ гораздо менѣе, чѣмъ разрѣшеніе дѣлъ тяжебныхъ; и это понятно, потому что для *перваго,* нѣтъ необходимости учреждать коллегій и стѣснять ихъ многосложными формами; одно лицо можетъ согласить и удостовѣрить разнообразныя условія: напротивъ, для послѣдняго необходимы учрежденіе коллегій, стѣсненіе ихъ опредѣленными формами и установленіе различныхъ органовъ для разъясненія и обсужденія споровъ и наконецъ для исполненія рѣшеній. Такимъ образомъ: секретари, повѣренные эксперты, адвокаты и т. п. составляютъ необходимые органы отправленія правосудія, что по необходимости влечетъ за собою значительныя издержки и для правительства и для самихъ тяжущихся».

Вопросъ: слѣдуетъ ли всѣ дѣйствія добровольнаго судопроизводства и въ томъ числѣ и совершеніе актовъ или нотаріальную часть изъять совершенно изъ вѣдѣнія судебныхъ мѣстъ и возложить на особые органы мѣстъ правительственныхъ,—принадлежитъ къ числу спорныхъ вопросовъ между юристами, теоретиками и практиками. Казалось бы, что для устраненія затрудненій, возникающихъ въ практикѣ при разрѣшеніи дѣлъ, относящихся къ добровольному производству, слѣдовало бы за судебными мѣстами оставить лишь совершеніе дѣйствій по тяжебному производству, а совершеніе дѣйствій охранительнаго порядка возложить на совершенно другія—правительственныя учрежденія. Но вникая ближе въ важность этихъ дѣйствій нельзя не прійти къ убѣжденію, что такое рѣшительное, фактическое разграниченіе дѣйствій тяжебнаго и

охранительнаго производства на практикѣ неудобно и едва ли возможно; по крайней мѣрѣ во всѣхъ иностранныхъ государствахъ, точно также какъ и у насъ, нѣкоторыя дѣйствія охранительнаго порядка возлагаются на судебныя мѣста, и совершенное отдѣленіе сихъ дѣйствій изъ вѣдѣнія мѣстъ судебныхъ остается, до настоящаго времени, вопросомъ спорнымъ даже между юристами теоретиками.

Вообще, для осуществленія мысли, вѣрной въ теоріи, неудобно создавать новые правительственные органы. Впереди остается еще важное сомнѣніе: какъ будутъ дѣйствовать эти органы? какое они примутъ направленіе? всѣмъ извѣстны безчисленные примѣры смѣлыхъ законодательныхъ преобразованій; часто они были только причиною временныхъ безпорядковъ и указывали законодателю на его ошибки и нерѣдко онъ возвращался къ прежнимъ законамъ. Часто эти законодательные порывы обнаруживаютъ не что иное, какъ *обыкновенное выраженіе безпокойства природы человѣческой,* всегда недовольной настоящимъ; всегда создающей себѣ какіе-то идеалы, почерпаемые или изъ собственнаго воображенія, или изъ примѣровъ другихъ людей, другихъ государствъ. У насъ напр. доказываютъ необходимость совершеннаго изъятія нотаріальной части изъ вѣдѣнія судебныхъ мѣстъ. Во Франціи, гдѣ эта цѣль уже достигнута, слышны возраженія противъ этого отдѣленія. Судебныя мѣста вторгаются въ область нотаріата; сословіе нотаріусовъ возражаетъ противъ этого вторженія; магистратура расширяетъ права свои. И въ томъ и въ другомъ сословіи нельзя не замѣтить вліянія личнаго интереса.

Бордо въ своемъ сочиненіи: *philosophie de la procédure civile*, сомнѣвается въ необходимости совершеннаго изъятія нотаріата изъ вѣдѣнія судебныхъ мѣстъ и въ оправданіе своего сомнѣнія ссылается на Англію, Австрію, Испанію и Россію. Одно сближеніе этихъ четырехъ государствъ, законодательства коихъ приводятся, какъ примѣръ для

Франціи, указываетъ, уже на общее стремленіе законодателей заимствовать, подъ вліяніемъ непостоянства человѣческой природы, изъ иностранныхъ государствъ и дурное и хорошее только потому, что оно иностранное.

Между тѣмъ какъ писатели изъ сословія нотаріусовъ прославляютъ ихъ дѣйствія и приводя въ ихъ пользу доказательства, начиная отъ книгъ бытія и древней Греціи, утверждаютъ, что не можетъ быть порядка въ государствѣ, если нотаріусы будутъ лишены своихъ привилегій и требуютъ, чтобы всѣ частныя сдѣлки, подъ опасеніемъ недѣйствительности, были удостовѣряемы нотаріусами, *Бордо*, разсуждая о формѣ договоровъ и рѣшеній (кн. III гл. IV страница 368. *phil. de la proced civ.*), между прочимъ говоритъ: «и въ самомъ дѣлѣ, дѣйствительно-ли учрежденіе нотаріата необходимо. По крайней мѣрѣ оно не существуетъ, въ томъ видѣ какъ у насъ, ни въ Англіи, ни въ Австріи. Римляне не знали этого учрежденія. Въ Испаніи и въ Россіи нотаріальная часть возложена на лица судебнаго вѣдомства. Даже во Франціи нотаріатъ долго принадлежалъ секретарямъ нашихъ судовъ, которые мало по малу присвоили себѣ право совершать дѣйствія добровольнаго производства. Такимъ образомъ явились у насъ секретари для совершенія договоровъ, въ слѣдствіе чего и самыя засвидѣтельствованныя условія получили силу, равную почти силѣ судебныхъ актовъ. Наконецъ и самый нотаріатъ въ началѣ своего существованія былъ у насъ не что иное, какъ особый органъ судебной власти, для дѣйствій добровольнаго производства. Конечно раздѣленіе двухъ производствъ тяжебнаго и охранительнаго, въ томъ видѣ, какъ оно послѣдовало во Франціи въ XVI столѣтіи, лучше смѣшенія этихъ двухъ порядковъ (*) и судьи не должны удостовѣрять частныхъ сдѣлокъ, какъ это дѣлается въ Австріи и на востокѣ; но во всякомъ случаѣ, сознавая пользу нотаріата, не слѣ-

(*) *Примѣчаніе.* Здѣсь вѣроятно Бордо подразумѣваетъ законъ 1569 г., на основаніи коего установлено веденіе реестровъ объ актахъ состоянія свѣтскими властями.

дуетъ ни принуждать частныхъ лицъ свидѣтельствовать у нотаріусовъ всѣ акты на переходъ недвижимой собственности, какъ это дѣлается въ Пруссіи, ни требовать по примѣру Сардиніи, чтобы всѣ акты, на сколько нибудь значительную сумму, были совершаемы не иначе, какъ при содѣйствіи нотаріусовъ. Напротивъ, слѣдуетъ сколь возможно поощрять составленіе частныхъ условій и договоровъ безъ участія органовъ правительства и для того предоставить частнымъ актамъ два главныя преимущества актовъ нотаріальныхъ, т. е. опредѣлительность времени составленія акта и исполнительную силу акта безъ утвержденія суда, чего можно бы достигнуть посредствомъ внесенія актовъ въ оффиціальныя книги *(enregistrement)* и храненіемъ частныхъ актовъ въ особыхъ учрежденіяхъ; такъ какъ это храненіе придаетъ актамъ законную силу и избавляетъ отъ соблюденія правила о сличеніи подписей. Вообще не слѣдуетъ принуждать частныхъ лицъ платить нотаріусу за изложеніе акта, когда они сами могутъ это сдѣлать: не слѣдуетъ уменьшать числа письменныхъ доказательствъ, обязывая частныхъ лицъ платежемъ за составленіе оныхъ. Наконецъ нельзя не замѣтить, что большая часть извѣстныхъ юристовъ признаетъ невозможнымъ совершенное отдѣленіе добровольнаго или охранительнаго производства отъ тяжебнаго.»

Президентъ Парижскаго окружнаго суда Дебеллеймъ, создавшій на практикѣ новый порядокъ добровольнаго судопроизводства, доказываетъ, что добровольное производство составляетъ необходимую принадлежность судебныхъ мѣстъ.

Въ предисловіи своемъ къ сочиненію *Bertin (Ch. d. cons)* Дебеллеймъ говоритъ, что цѣль судебныхъ учрежденій не можетъ быть ограничена исключительно разсмотрѣніемъ спорныхъ или тяжебныхъ дѣлъ. Они имѣютъ болѣе обширное значеніе. Два особенныхъ рода дѣлъ требуютъ по важности своей содѣйствія судебныхъ мѣстъ.

Во 1-хъ, въ гражданскомъ обществѣ есть

неполноправныя лица, которыя сами не въ состояніи защищать права свои.

Во 2-хъ, права состоянія, равнымъ образомъ какъ и права семейныя, весьма часто касаются столь близко общаго государственнаго интереса, что они не могутъ быть оставлены безъ судебнаго надзора и контроля.

Въ *первомъ случаѣ* судамъ принадлежитъ судебная опека, имѣющая цѣлью огражденіе правъ, принадлежащихъ неполноправнымъ лицамъ: сюда относятся дѣла о личности и имуществахъ малолѣтныхъ, состоящихъ подъ опекою или отсутствующихъ.

Во *второмъ случаѣ* судебныя мѣста ограждаютъ общественный интересъ: сюда относятся дѣла объ удостовѣреніи рожденій, брака, смерти, усыновленія, и вообще дѣла о правахъ состоянія.

Все сочиненіе *Berlin* основано на развитіи этой мысли Дебеллейма въ практическомъ ея примѣненіи къ порядку, принятому въ камерѣ совѣта, созданной для этой цѣли въ 1854 г. въ Парижскомъ окружномъ судѣ.

Вникая ближе въ истинное назначеніе мѣстъ судебныхъ и той пользы, которую они могли бы принесть, будучи устроены на правильномъ основаніи, кажется нельзя не придти къ убѣжденію, что улучшеніе законодательства по сему предмету должно состоять не въ фактическомъ отдѣленіи дѣлъ охранительнаго порядка изъ вѣдѣнія судебныхъ мѣстъ, а въ установленіи основныхъ началъ, по коимъ судебныя мѣста должны дѣйствовать въ тѣхъ дѣлахъ этого рода, которыя, по особенной важности своей или же и просто по установившемуся уже порядку, предоставлены мѣстамъ судебнымъ. Мы видимъ примѣры подобнаго фактическаго изъятія дѣлъ охранительнаго порядка изъ вѣдѣнія судебныхъ мѣстъ даже и въ Россіи; напр: въ Сибири нотаріальная часть возложена на губернское правленіе. Пользы отъ этого отдѣленія невидно никакой, недоумѣнія остаются тѣже по отсутствію основныхъ началъ охранительнаго производства, а столкновеній возникаетъ еще болѣе. Кажется, что гораздо

осторожнѣе и даже правильнѣе было бы прежде всего установить точныя правила, вполнѣ соотвѣтствующія особенному свойству дѣлъ охранительнаго порядка, оставивъ исполненіе сихъ правилъ по крайней мѣрѣ до времени на обязанности тѣхъ же самыхъ учрежденій, которыя и въ настоящее время завѣдываютъ дѣлами охранительнаго порядка.

Кодексы гражданскаго права и судопроизводства Франціи не разрѣшаютъ положительно вопроса о добровольномъ судопроизводствѣ и не заключаютъ въ себѣ точныхъ правилъ объ особенностяхъ сего производства. Въ разныхъ статьяхъ того и другаго кодексовъ есть намеки на особенность порядка объ усыновленіи, объ актахъ состоянія, объ опекахъ, о раздѣлѣ имуществъ, о безвѣстноотсутствующихъ и т. п. Весьма часто дѣла эти предписывается разрѣшать не въ публичномъ засѣданіи, а въ особомъ присутствіи трехъ или четырехъ судей при закрытыхъ дверяхъ. Присутствіе это называется *chambre du conseil*, (камера или присутствіе совѣта), но оно не можетъ быть названо особымъ отдѣленіемъ суда; составъ его неопредѣленъ закономъ. Оно составляется временно, бо́льшею частью изъ судей, участвовавшихъ въ публичномъ засѣданіи, которые удаляются собственно для того, чтобы обсудить основанія рѣшенныхъ дѣлъ; но кромѣ того присутствіе это разрѣшаетъ всѣ тѣ дѣла, которыя требуютъ особенно скорѣйшаго разрѣшенія и не заключая въ себѣ спора двухъ сторонъ, не всегда требуютъ гласности; къ этого рода дѣламъ принадлежатъ и дѣла добровольнаго производства.

По неопредѣлительности положительныхъ по сему предмету законовъ окружные суды во Франціи дѣйствуютъ въ дѣлахъ этого рода болѣе по обычаю, чѣмъ по закону и притомъ весьма разнообразно, потому въ особенности, что въ законахъ неопредѣлено главныхъ началъ сего судопроизводства.

Въ 1851-мъ году, предсѣдатель Парижскаго окружнаго суда Дебелеймъ обратилъ на этотъ вопросъ вниманіе съ практической точки зрѣ-

нія и далъ суду въ видѣ инструкціи правила, въ коихъ обозначилъ предметы добровольнаго производства, порядокъ этого производства и обязанности камеры совѣта по производству этихъ дѣлъ. Эта инструкція въ 1854 году утверждена и министромъ юстиціи. Такимъ образомъ въ Парижѣ образовался на практикѣ особый судъ для дѣйствій добровольнаго производства. Судъ, неустановленный закономъ, но одобренный правительствомъ.

Для большей ясности здѣсь небезполезно привести отзывъ объ этомъ судѣ или камерѣ совѣта одного изъ извѣстныхъ французскихъ юристовъ Бордо (*philosophie de la procédure civile p.* 265). Разбирая общій вопросъ о гласности засѣданій, Бордо коснулся правилъ добровольнаго судопроизводства только вскользь и возражаетъ противъ Дебелейма собственно по вопросу о гласности. Онъ говоритъ: «по закону, нѣкоторыя дѣла должны быть разрѣшаемы *въ камерѣ совѣта* (*chambre du conseil*) и нѣкоторыя рѣшенія не объявляются публично. Впрочемъ до настоящаго времени весьма немного гражданскихъ дѣлъ было лишено обезпеченія гласностью правильности рѣшеній, но недавно въ Парижѣ, одинъ изъ высшихъ начальниковъ по судебному вѣдомству ввелъ въ судебную практику новые обычаи, которымъ впрочемъ провинціальные окружные суды до сихъ поръ не подчинились. Смѣлымъ толкованіемъ закона, напоминающимъ постановленія римскаго претора, Дебелеймъ предоставилъ камерѣ совѣта рѣшеніе многихъ дѣлъ, подлежавшихъ до сихъ поръ гласному обсужденію въ засѣданіи суда. Въ парижскомъ окружномъ судѣ явилось особое отдѣленіе, которое никогда не имѣетъ публичныхъ засѣданій, но занимается въ теченіе цѣлаго года составленіемъ постановленія о дѣлахъ, подлежащихъ будто бы камерѣ совѣта. Съ этою цѣлью учреждено въ Парижѣ особое постоянное присутствіе. Юридическіе журналы посвящаютъ отъ времени до времени статьи о правилахъ какого то новаго особеннаго порядка судопроизводства и только въ этихъ статьяхъ излагаются правила о под-

судности этого новаго суда (см. журналъ *le droit* и въ особенности *la gazette des tribunaux* du 6 Sept. 1851 et du 8 Janvier 1852). *Bertin* редакторъ журнала *le droit* посвятилъ этому новому судопроизводству цѣлые два тома подъ названіемъ (*chambre du conseil*). Подробный разборъ разнообразныхъ предметовъ добровольнаго судопроизводства выходитъ изъ предѣловъ этого сочиненія. Скажемъ только, что этому новому порядку, кажется, желаютъ подчинить всѣ дѣла неспорныя, гдѣ нѣтъ противной стороны, и слѣдовательно не можетъ быть публичныхъ преній: напр. назначеніе опеки надъ малолѣтными или сумасшедшими, исправленіе актовъ состоянія, вопросы объ ипотекахъ и т. п.»

Не касаясь вопроса о гласности добровольнаго производства, скажемъ только, что учрежденіе въ парижскомъ окружномъ судѣ особаго присутствія, собственно для разсмотрѣнія дѣлъ въ порядкѣ добровольнаго производства, присутствія, неустановленнаго закономъ, но одобреннаго правительствомъ, есть явленіе весьма замѣчательное въ судебной практикѣ. Оно указываетъ на необходимость установленія въ законахъ положительныхъ правилъ, для возможнаго уменьшенія разнообразныхъ дѣйствій судебныхъ мѣстъ по предметамъ, имѣющимъ столь обширное значеніе въ общественной жизни.

Въ сочиненіи *Bertin*, о камерѣ совѣта, на которое указываетъ *Бордо*, заключается весьма много практическихъ указаній для разработки этой части законодательства. Онъ исчисляетъ здѣсь всѣ виды этого рода дѣлъ, излагаетъ примѣры судебныхъ рѣшеній и старается положить общія правила добровольнаго судопроизводства. Необходимо впрочемъ замѣтить, что сочиненіе его имѣетъ цѣлью не собственно добровольное производство, а порядокъ производства дѣлъ *въ камерѣ совѣта*, на которую возложено по закону и разсмотрѣніе нѣкоторыхъ родовъ тяжебныхъ дѣлъ и потому сочиненіе его раздѣляется на двѣ части. Въ первой излагается порядокъ добровольнаго производства *въ камерѣ совѣта*,

а въ послѣдней правила тяжебнаго производства въ той же камерѣ.

Весьма замѣчательно, что *Bertin* указываетъ на тѣ слабыя стороны французскаго законодательства относительно правилъ добровольнаго судопроизводства, которыя можно замѣтить и у насъ. Онъ говоритъ между прочимъ *(ch. d. cons. p. 21)*, что законы не разрѣшаютъ всѣхъ затрудненій, возникающихъ на практикѣ по предметамъ добровольнаго судопроизводства и вовсе не заключаютъ въ себѣ основныхъ началъ, коими можно было бы руководствоваться при рѣшеніи этихъ дѣлъ. Эту неполноту законовъ, по мнѣнію *Bertin*, объяснить весьма легко. Законодательство имѣетъ цѣлью изложеніе практическихъ правилъ, а не отвлеченныхъ началъ; оно должно удовлетворить возникшей или могущей возникнуть потребности; 50 лѣтъ тому назадъ законы разрѣшали еще затрудненія, возникавшія весьма рѣдко въ дѣлахъ этого рода, но время идетъ впередъ: громадное развитіе движимой собственности, разнообразіе частныхъ сдѣлокъ возбудили неисчислимое множество новыхъ вопросовъ, разрѣшеніе коихъ настоятельно необходимо.

Далѣе, говоря о затрудненіяхъ, возникавшихъ при составленіи своего сочиненія, *Bertin* продолжаетъ *(ch. d. cons. p. 28)*: въ соображеніяхъ по составленію законовъ можно почти всегда найти полезныя указанія относительно намѣренія законодателя и принятыхъ имъ основныхъ началъ; но въ отношеніи добровольнаго судопроизводства всѣ подобныя розысканія остаются безъ успѣха: ибо при представленіи проектовъ о гражданскихъ законахъ ничего не сказано о порядкѣ добровольнаго производства и потому мы поставлены были въ необходимость вникать въ каждое постановленіе закона, сличать различныя статьи гражданскаго кодекса и законовъ гражданскаго судопроизводства и другихъ отдѣльныхъ узаконеній, чтобы какъ нибудь напасть на слѣдъ сокровенной мысли законодателя.

Bertin относитъ къ добровольному произ-

водству слѣдующіе 28 видовъ дѣйствій камеры совѣта по неспорнымъ предметамъ:

1) удостовѣреніе въ законности рожденія, брака и смерти;

2) исправленіе актовъ состоянія;

3) измѣненіе имени и фамиліи;

4) удостовѣреніе личности лица для вступленія его въ бракъ;

5) усыновленіе;

6) признаніе безвѣстнаго отсутствія;

7) дѣла малолѣтныхъ;

8) — состоящихъ подъ опекою;

9) — сумасшедшихъ, несостоящихъ подъ опекою;

10) дѣла расточителей;

11) — замужнихъ женщинъ;

12) ограниченіе дѣйствій законной ипотеки;

13) вводъ во владѣніе наслѣдствомъ;

14) дѣла о льготномъ времени, предоставленномъ наслѣдникамъ до составленія описи наслѣдства;

15) о попечителяхъ;

16) о судебной администраціи;

17) о субституціяхъ;

18) о неприкосновенности имуществъ по завѣщанію;

19) отчужденіе имуществъ на общественную надобность;

20) сберегательныя кассы для стариковъ;

21) привиллегіи лицъ, производившихъ постройки;

22) залоги, представляемые хранителями ипотекъ;

23) дѣла о банкротствѣ;

24) продажа недвижимаго имущества съ публичнаго торга;

25) разрѣшеніе сомнѣній о подсудности между судебными и административными мѣстами;

26) исполненіе порученій, возлагаемыхъ однимъ судомъ на другой, или же на судью для повѣрки доказательствъ;

27) исполненіе рѣшеній иностранныхъ судебныхъ мѣстъ;

28) подпись рѣшенія въ случаѣ препятствія

къ подписанію онаго предсѣдателемъ судебнаго мѣста,

Здѣсь нельзя не замѣтить, что *Berlin* не причисляетъ совершеніе актовъ къ видамъ добровольнаго производства. Это можно объяснить только тѣмъ, что во Франціи нотаріальная часть совершенно отдѣлена отъ судебной, и слѣдовательно въ камерѣ совѣта не могутъ даже возникать и вопросы, относящіеся до совершенія актовъ.

Основныя начала добровольнаго порядка производства во Франціи.

По мнѣнію *Berlin* основныя начала для разсмотрѣнія прошеній и жалобъ въ порядкѣ добровольнаго производства состоятъ въ слѣдующемъ:

1) Прошеніе.

Прошеніе подается не суду, а предсѣдателю судебнаго мѣста, на гербовой бумагѣ. Вопросъ: должно ли бы быть это прошеніе подписано стряпчимъ (*avoué*), остается спорнымъ, но въ парижскомъ окружномъ судѣ участіе *avoué* обязательно.

2) Распоряженіе предсѣдателя.

Предсѣдатель сообщаетъ дѣло на заключеніе прокурора и назначаетъ судью для доклада дѣла. Предварительное заключеніе прокурора составляетъ главнѣйшую особенность добровольнаго производства.

3) Объясненіе просителя.

Просители вызываются въ засѣданіе камеры совѣта и представляютъ свое объясненіе лично, или чрезъ адвоката.

4) Докладъ и заключеніе прокурора.

По общему правилу докладъ охранительныхъ дѣлъ производится не публично, а въ секретномъ засѣданіи. По мнѣнію *Berlin*, публичность въ дѣлахъ этого рода, не только безполезна, но даже во многихъ случаяхъ можетъ быть вредна, потому что совершеніе дѣйствій добровольнаго производства, отъ коихъ зави-

ситъ благосостояніе семейства, весьма часто должно быть хранимо въ тайнѣ, для устраненія семейной вражды и безполезныхъ споровъ.

5) Постановленіе суда.

Особенное свойство добровольнаго судопроизводства состоитъ въ томъ, что распоряженія суда по просьбамъ этого рода не могутъ быть названы рѣшеніями. Гдѣ нѣтъ спора, нѣтъ и рѣшенія, слѣдовательно къ распоряженіямъ симъ нельзя примѣнять правила о законной силѣ рѣшеній. Въ нихъ заключается только удостовѣреніе права одной стороны, въ той лишь мѣрѣ, въ коей это право не нарушаетъ правъ третьяго лица. Въ дѣлахъ этого рода судъ не судитъ, не рѣшаетъ дѣла, а удостовѣряетъ существованіе права безспорнаго и законнаго.

Для внесенія постановленій сего рода должна быть особая книга, отдѣльная отъ книги рѣшеній по дѣламъ спорнымъ.

6) Объявленіе рѣшенія противной сторонѣ, чрезъ посредство судебнаго пристава.

Въ дѣлахъ этого рода объявленіе рѣшенія при участіи судебнаго пристава не обязательно. По самому свойству этихъ дѣлъ, въ коихъ нѣтъ противной стороны, оно по большей части и невозможно.

7) Право участія третьяго лица.

Если дѣйствіе добровольнаго судопроизводства нарушаетъ права третьяго лица, то оно можетъ представить возраженіе противъ совершенія сего дѣйствія, и если согласія не послѣдуетъ, то дѣло обращается въ спорное.

8) Право отзыва.

Отзывы противной стороны на распоряженіе суда, по предметамъ добровольнаго судопроизводства, не могутъ быть допускаемы также по самому свойству сихъ дѣлъ, въ ко-

ихъ нѣтъ противной стороны, и потому, не можетъ быть ни объявленія рѣшенія противной сторонѣ, ни заочнаго рѣшенія, а слѣдовательно не можетъ быть и отзыва. Вмѣсто того всякое лицо, коего права нарушены въ чемъ либо постановленіемъ сего рода, имѣетъ право начать искъ установленнымъ порядкомъ, не стѣсняясь пропущеніемъ срока съ того времени, когда постановленіе послѣдовало. Для него существуетъ только общій срокъ давности.

9) Апелляція и кассація.

На постановленіе суда въ дѣлахъ добровольнаго производства всегда допускается аппеляція, равнымъ образомъ, какъ и жалоба въ судъ кассаціонный. По важности дѣйствій добровольнаго производства никто не можетъ быть лишенъ тѣхъ же способовъ защиты противъ неправильнаго дѣйствія судебныхъ мѣстъ въ дѣлахъ охранительнаго порядка, какими онъ пользуется въ дѣлахъ спорныхъ.

Охранительное производство по австрійскимъ законамъ.

Сонцоньо, въ своемъ сочиненіи о добровольномъ судопроизводствѣ въ Австріи, между прочимъ объясняетъ, что «гражданское судопроизводство раздѣляется на двѣ части: на спорное и добровольное. Въ спорномъ судопроизводствѣ судья долженъ дѣйствовать лишь по просьбѣ сторонъ; въ добровольномъ, напротивъ, онъ долженъ дѣйствовать въ силу закона, по собственному усмотрѣнію *(ex officio)*. Эта часть судопроизводства принадлежитъ къ благороднымъ занятіямъ судей: и дѣйствительно, обязанность охранять права лицъ, которыя по физическимъ или нравственнымъ свойствамъ сами не въ состояніи защищать, можетъ быть названа благородною; почему и самое производство называется иногда: *onoraria*. Въ прежнее время судьи руководствовались по сему предмету инструкціями 1795-го и 1823-го годовъ, но въ 1854 году 9 Августа

состоялся общій законъ для всѣхъ Австрійскихъ владѣній, въ коемъ собраны во едино разъединенныя до того времени постановленія, до этого предмета относящіяся».

Положеніе это состоитъ изъ 293 статей и обнимаетъ слѣдующія дѣйствія добровольнаго производства.

1) открытіе наслѣдства; сюда принадлежатъ слѣдующія частныя дѣйствія:

а) удостовѣреніе въ смерти; б) оглашеніе предсмертной воли; в) составленіе описи наслѣдства; г) принятіе и отреченіе отъ наслѣдства; д) вызовъ кредиторовъ; е) наслѣдство, оставшееся послѣ иностранцевъ; ж) отчужденіе и продажа наслѣдственнаго движимаго имущества; з) присужденіе наслѣдства;

2) опека и попечительство;

3) учрежденіе и охраненіе маіоратовъ;

4) усыновленіе, признаніе законности и признаніе совершеннолѣтія;

5) объ описи и публичной продажѣ имущества;

6) выдача судебными мѣстами свидѣтельствъ, повѣрка копій и удостовѣреніе документовъ.

Для производства сихъ дѣлъ установлены правила, какъ общія для всѣхъ дѣйствій добровольнаго производства, такъ и правила особенныя, свойственныя каждому изъ нихъ въ особенности.

Общія правила состоятъ въ слѣдующемъ:

Законъ 9 Августа 1854 г.

1) Въ дѣлахъ неспорныхъ судъ дѣйствуетъ по своему усмотрѣнію, или же по просьбѣ стороны.

2) При разсмотрѣніи сихъ дѣлъ, судъ не только соблюдаетъ въ точности общія правила о свойствѣ актовъ и о законности распоряженій, но охраняетъ кромѣ того, по своему усмотрѣнію, права лицъ, находящихся подъ особымъ покровительствомъ законовъ, а въ случаяхъ, именно въ законѣ указанныхъ, и права другихъ лицъ.

Въ особенности онъ долженъ:

1) Не выходить изъ предѣловъ своей вла-

сти, и обращать въ случаѣ надобности, просителей къ порядку судебному.

2) Не позволять лицамъ, неимѣющимъ права вести спорныя дѣла отъ своего имени, заводить тяжбы безъ участія ихъ законныхъ представителей.

3) Удостовѣряться въ дѣйствительности довѣренностей и другихъ документовъ, по коимъ кто либо дѣйствуетъ не отъ своего имени.

4) Заботиться, чтобы гражданскія сдѣлки не были заключаемы безъ участія лицъ, коихъ согласіе необходимо для дѣйствительности акта.

5) Судъ долженъ изслѣдовать по своему усмотрѣнію всѣ обстоятельства, имѣющія вліяніе на законность дѣйствія, выслушать стороны и другія лица, коимъ извѣстны относящіяся къ дѣлу событія, а въ случаѣ надобности призывать экспертовъ или же собирать инымъ путемъ точныя свѣдѣнія и требовать всѣ необходимые для разъясненія дѣла документы.

6) Въ дѣлахъ неспорныхъ судья обращаетъ вниманіе и на такія обстоятельства и событія, которыя дошли до его свѣдѣнія не только по указанію стороны, но и инымъ путемъ и въ особенности на прежніе судебные акты по тому же дѣлу.

7) Если дѣйствія добровольнаго производства зависятъ отъ разрѣшенія спорныхъ вопросовъ, или отъ такихъ обстоятельствъ, которыя требуютъ повѣрки доказательствъ, судья не разрѣшаетъ правъ сторонъ, а обращаетъ ихъ къ судебному порядку, и въ случаяхъ, законами именно указанныхъ, принимаетъ мѣры, чтобы до разрѣшенія спора не измѣнились отношенія спорящихъ, или требуетъ обезпеченія.

8) Въ случаѣ отказа въ совершеніи дѣйствія добровольнаго производства, въ постановленіи излагаются основанія отказа, или предписываются наставленія для исправленія замѣченнаго недостатка.

9) Если судъ по закону обязанъ наблюсти за исполненіемъ дѣйствія, сторонамъ назна-

чаютъ для сего опредѣленные сроки, по истеченіи коихъ принимаются понудительныя мѣры, въ законѣ указанныя.

10) Судъ не только принимаетъ всѣ мѣры предосторожности для огражденія спокойствія сторонъ, но въ особенности старается устранять всѣ недоразумѣнія и не отказываетъ въ просьбахъ за несоблюденіе мелочныхъ формальностей.

11) При совершеніи контрактовъ судъ старается, чтобы условія договора были выражены ясно, чтобы всѣ предписанныя для дѣйствительности договора формы были въ точности выполнены и чтобы яснымъ и полнымъ изложеніемъ договора были предупреждены всѣ споры.

§ 3. Публичные нотаріусы, тамъ гдѣ они установлены, могутъ быть командируемы судомъ, если это выгодно для сторонъ, какъ уполномоченные судебнаго мѣста въ предѣлахъ его вѣдомства для совершенія тѣхъ дѣйствій добровольнаго производства, для коихъ не требуется предварительнаго рѣшенія суда.

§ 4. Въ мѣстные суды (претуры) стороны имѣютъ право подавать по своему усмотрѣнію словесныя или письменныя прошенія, если только закономъ не установлено изъ сего общаго правила какихъ либо изъятій.

Подаваемыя въ судебныя мѣста прошенія всегда должны быть письменныя. Только въ уважительныхъ случаяхъ изъ сего общаго правила допускаются изъятія и составляются протоколы по словеснымъ прошеніямъ.

Прошенія пишутся по общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства. При прошеніяхъ, писанныхъ на иностранныхъ языкахъ, должны быть представляемы засвидѣтельствованные переводы.

§ 5. Въ дѣлахъ неспорныхъ никто въ сущности не обязывается имѣть адвоката. Впрочемъ судьи могутъ обязать просителей, замѣченныхъ въ неоднократной подачѣ неправильныхъ и неуважительныхъ просьбъ, подать просьбу чрезъ посредство и за подписью адвоката, тамъ гдѣ они существуютъ.

§ 6. Судебныя постановленія въ неспорныхъ

дѣлахъ могутъ быть объявляемы не только сторонамъ, но и всѣмъ принадлежащимъ къ ихъ семейству или ихъ знакомымъ. Объявленіе сторонамъ признается необходимымъ или въ тѣхъ случаяхъ, когда это закономъ именно предписано, или же смотря по важности дѣла и представленныхъ къ оному документовъ по усмотрѣнію судьи.

§ 7. Сроки въ дѣлахъ неспорныхъ исчисляются по общимъ правиламъ гражданскаго судопроизводства. Совершеніе дѣйствій добровольнаго производства въ дни праздничные не лишаетъ сихъ дѣйствій законной ихъ силы. Въ крайнихъ случаяхъ судьи обязываются производить сіи дѣйствія и въ праздничные дни.

§ 8. Частные документы, составленные въ имперіи, но не въ той провинціи, гдѣ состоитъ судебное мѣсто, совершающее дѣйствіе добровольнаго судопроизводства, для полученія законной силы должны быть засвидѣтельствованы судебнымъ мѣстомъ, или нотаріусомъ. Отъ усмортѣнія судьи зависитъ требовать такого же засвидѣтельствованія и въ томъ случаѣ, когда документъ совершенъ въ той же провинціи, но внѣ вѣдомства судебнаго мѣста.

Для признанія законной силы актовъ, совершенныхъ за границею, установлены особыя правила.

§ 9. На распоряженіе судебныхъ мѣстъ по добровольному производству подается или отзывъ въ то самое судебное мѣсто, или жалоба, или же и то и другое вмѣстѣ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ судебное мѣсто имѣетъ право разрѣшить само и отзывъ и жалобу и отмѣнить прежнее постановленіе, если только постороннія лица не пріобрѣли уже въ слѣдствіе того распоряженія какихъ либо правъ.

Если судебное мѣсто не признаетъ возможнымъ и законнымъ отмѣнить прежнее постановленіе, или же, если постановленіе сіе касается правъ 3-го лица, то жалоба передается въ судъ 2-й степени; если же былъ поданъ отзывъ, то судебное мѣсто объявляетъ просите-

лю свои основанія, по коимъ отзывъ уваженія заслуживать не можетъ.

На это распоряженіе стороны могутъ подать жалобу въ тоже судебное мѣсто, которое передаетъ оную на разрѣшеніе суда 2-й степени.

§ 10. Стороны имѣютъ право ссылаться въ отзывахъ и жалобахъ на новыя обстоятельства и представлять въ судебное мѣсто 2-й степени копію съ жалобы, поданной въ тоже время въ судъ 1-й степени.

§ 11. Отзывы въ дѣлахъ неспорныхъ подаются въ теченіе 14 дней со времени объявленія постановленія судебнаго мѣста, а жалобы приносятся или въ такой же срокъ, или же если былъ поданъ отзывъ, въ теченіе 14 дней, со времени объявленія распоряженія судебнаго мѣста по отзыву.

Судебныя мѣста имѣютъ право разрѣшать отзывы и жалобы и по пропущеніи сихъ сроковъ, если только этимъ не нарушаются права третьяго лица. Посему жалобы на судебное мѣсто 1-й степени принимаются ими и представляются въ судъ 2-й степени и по истеченіи сихъ сроковъ.

§ 12. Постановленія судебныхъ мѣстъ исполняются немедленно, если только въ законахъ не установлено изъятія изъ сего общаго правила, или если судья не признаетъ необходимымъ отложить исполненіе до истеченія срока, установленнаго для подачи жалобы.

Исполненіе во всякомъ случаѣ останавливается со времени подачи жалобы до разрѣшенія оной, и только въ крайнихъ случаяхъ принимаются мѣры для охраненія правъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ.

§ 13. Изложеніе основаній постановленія и копіи всѣхъ распоряженій суда въ дѣлахъ не спорныхъ, выдаются просителямъ по общимъ правиламъ спорнаго производства.

§ 14. На распоряженіе суда 2-й степени, послѣдовавшее въ измѣненіе постановленій суда 1-й степени, отзывы не допускаются, но допускаются жалобы кассаціонному суду. Жалобы эти подаются въ 14-ти дневный срокъ, чрез посредство судовъ 1-й и 2-й степени.

§ 15. Судебное мѣсто 1-й степени можетъ подать въ кассаціонный судъ жалобу на постановленіе суда 2-й степени, если на судъ 1-й степени наложено какое либо взысканіе, или же въ защиту неполноправныхъ лицъ.

Только въ этомъ послѣднемъ случаѣ дозволяется судебному мѣсту 1-й степени остановить объявленіе постановленія суда 2-й степени до полученія разрѣшенія кассаціоннаго суда на поданную жалобу.

Впрочемъ судъ 1-й степени не отвѣчаетъ за послѣдствія постановленія суда 2-й степени, хотя бы жалобы на сіе постановленіе судомъ 1-й степени подано не было.

Жалоба суда 1-й степени представляется вмѣстѣ со всѣми документами въ судъ 2-й степени и отъ него передается въ судъ кассаціонный.

§ 16. Если судъ 2-й степени утвердилъ постановленіе суда 1-й степени, то жалобы на постановленіе суда 2-й степени могутъ быть подаваемы въ такомъ только случаѣ, когда рѣшеніе сего суда заключаетъ въ себѣ явное нарушеніе закона, или противорѣчіе актамъ, или же должно быть признано недѣйствительнымъ.

За ябедническія жалобы просители подвергаются наказаніямъ по общимъ правиламъ.

§ 17. Пересмотръ рѣшенія въ дѣлахъ неспорныхъ, въ случаѣ пропуска срока, или же неявки, производится по общимъ правиламъ спорнаго судопроизводства.

§ 18. Распоряженія судебныхъ мѣстъ въ дѣлахъ неспорныхъ не могутъ быть оспориваемы судебнымъ порядкомъ. Но правило сіе не распространяется на постороннихъ лицъ, въ добровольномъ судопроизводствѣ не участвовавшихъ, которыя имѣютъ право иска по установленному порядку.

§ 19. По исполненіи постановленія судебныхъ мѣстъ въ дѣлахъ неспорныхъ, въ случаѣ неповиновенія, принимаются общія понудительныя мѣры.

Если выговоры, штрафы и арестъ не ускорятъ исполненія, то назначаются попечители на счетъ виновныхъ въ неисполненіи.

Опекуны и попечители, виновные въ неисполненіи постановленій судебныхъ мѣстъ, не взирая на понужденія, могутъ быть устраняемы отъ сего званія и подвергаемы взысканію убытковъ, причиненныхъ ими лицамъ, находящимся подъ ихъ опекою или попечительствомъ.

Въ своемъ комментаріи на этотъ законъ докторъ Сонцоньо (*Manuale della procedura giudiziaria in affari civili non contenziosi*) говоритъ, что хотя въ законѣ 1854 г. изложены въ системѣ различныя узаконенія, относящіяся до судопроизводства добровольнаго, но тѣмъ не менѣе законъ сей не обнимаетъ всѣхъ дѣйствій, до этого предмета относящихся.

По мнѣнію Сонцоньо, къ предметамъ добровольнаго производства, кромѣ исчисленныхъ въ законѣ 1854 г., надлежало бы отнести еще слѣдующіе:

1. особенныя обязанности судебныхъ мѣстъ, какъ то: а) наблюденіе за охраненіемъ правъ несовершеннолѣтнихъ, достигшихъ 14-ти лѣтняго возраста; б) назначеніе въ особыхъ, указанныхъ въ законѣ, случаяхъ опекуна къ малолѣтнымъ при жизни ихъ родителей и подчиненіе лицъ совершеннолѣтнихъ родительской власти; в) дѣла о разводѣ; г) совершеніе завѣщаній; д) назначеніе экспертовъ; е) исчисленіе судебныхъ издержекъ; ж) засвидѣтельствованіе времени совершенія частныхъ документовъ; з) храненіе судебныхъ вкладовъ;

2. взысканіе пошлинъ за переходъ наслѣдства;

3. международныя сношенія по вопросу о наслѣдствѣ;

4. взысканіе сборовъ за дѣйствія добровольнаго производства;

5. веденіе податныхъ реестровъ;

6. веденіе ипотечныхъ реестровъ;

7. государственныя облигаціи;

8. обязанности нотаріусовъ.

Охраненіе личныхъ правъ по русскимъ законамъ.

Выше замѣчено было, что охранительные законы вообще имѣютъ въ виду: во 1-хъ),

охраненіе личныхъ правъ и во 2-хъ, охраненіе правъ на имущество. Здѣсь излагаются отдѣльныя изслѣдованія объ охраненіи *личныхъ* правъ.

I. ОБЪ АКТАХЪ СОСТОЯНІЯ ВЪ ОТНОШЕНІИ КЪ ГОСУДАРСТВУ.

Личныя права членовъ гражданскаго общества въ отношеніи къ самому обществу или къ государству въ различныхъ государствахъ весьма разнообразны. Общее начало, къ коему стремится законодательство вообще есть равенство всѣхъ предъ закономъ, но это общее правило имѣетъ различныя исключенія, зависящія или отъ *естественныхъ* причинъ или отъ особаго *развитія народной жизни*; къ *первымъ* относятся различія правъ по отношенію къ полу или возрасту личностей, а къ *послѣднимъ* различія правъ по отношенію къ гражданскимъ или религіознымъ условіямъ. Сюда относятся отношенія привилегированныхъ и непривилегированныхъ сословій, напримѣръ: дворянства, мѣщанства, крестьянства; отношенія свободной личности къ несвободной, и вообще различіе такъ называемыхъ сословныхъ отношеній; отсюда возникаютъ различія и по отношенію къ государству; напримѣръ: въ нѣкоторыхъ государствахъ нѣкоторыя сословія имѣютъ право на владѣніе недвижимымъ имуществомъ, а другія нѣтъ, нѣкоторыя сословія пользуются такъ называемыми политическими правами или участіемъ въ управленіи общества, а другія лишены сего права. Всѣ эти отношенія разнообразны въ разныхъ государствахъ, но основное различіе, которое признается во всѣхъ государствахъ безъ изъятія,—это различіе *природнаго обывателя* отъ *иностранца*, и потому здѣсь первое мѣсто занимаетъ порядокъ предоставленія иностранцамъ правъ природныхъ жителей, и порядокъ лишенія сихъ правъ.

Въ иностранныхъ государствахъ этотъ порядокъ извѣстенъ подъ именемъ: *натурали-*

заціи; у насъ онъ называется порядкомъ вступленія иностранцевъ въ подданство (ст. 1538—1553 т. IX зак. о сост.).

Дѣйствія по сему предмету правительства суть не что иное, какъ совершеніе или удостовѣреніе договора между государствомъ и частнымъ лицомъ, которое желаетъ пользоваться правами жителей того или другаго государства, и потому они относятся къ охранительному порядку по отношенію къ государству.

Разсмотримъ вкратцѣ какъ порядокъ совершенія сего договора, такъ и органы правительства, на которые возложено совершеніе сихъ дѣйствій.

По нашимъ законамъ вступленіе иностранца въ подданство совершается чрезъ присягу (ст. 1640 т. IX), а признаніе сего вступленія возлагается на губернское начальство (ст. 1541).

Сравненіе этого порядка съ правилами, установленными на сей предметъ въ другихъ государствахъ, указываетъ на нѣкоторое преимущество нашего порядка предъ другими.

Во Франціи, утвержденіе натурализаціи дѣлается декретомъ самого Императора, чрезъ посредство мера и потомъ министра юстиціи; въ Англіи оно предоставлено министерству внутреннихъ дѣлъ; а въ Австріи намѣстнику области. Кажется, что принимая въ соображеніе выгоды, получаемыя государствомъ отъ прибывающихъ иностранцевъ, совершеніе договора натурализаціи должно быть сколь возможно упрощено, и потому порядокъ, принятый у насъ едва ли не можетъ быть признанъ однимъ изъ лучшихъ порядковъ натурализаціи, и возложеніе совершенія сего договора на судебныя мѣста или министерство юстиціи, какъ это дѣлается во Франціи, или же на министерство внутреннихъ дѣлъ, какъ въ Англіи, едва ли представляетъ какія либо выгоды. Если для собранія въ одномъ мѣстѣ всѣхъ свѣдѣній о числѣ натурализованныхъ иностранцевъ и полезно отнести дѣйствія эти къ вѣдомству министерства внутреннихъ дѣлъ, то никакъ нельзя объяс-

нить себѣ почему во Франціи, гдѣ почти всѣ виды добровольнаго или охранительнаго судопроизводства отдѣлены отъ мѣстъ судебныхъ, совершеніе натурализаціи отнесено къ вѣдомству министерства юстиціи.

Съ опредѣленіемъ національности связано пользованіе гражданскими и политическими правами въ государствѣ. Къ гражданскимъ правамъ относится право на владѣніе имуществомъ движимымъ и недвижимымъ, а къ политическимъ право на участіе въ управленіи государствомъ, которое выражается избраніемъ нѣкоторыхъ органовъ власти законодательной, судебной или административной. Выше замѣчено уже, что равенство всѣхъ предъ закономъ есть общее начало, къ коему вообще стремится законодательство, но въ тѣхъ государствахъ, гдѣ существуетъ различіе сословныхъ правъ, необходимо существованіе особыхъ органовъ для удостовѣренія этихъ особенныхъ правъ.

Вотъ почему у насъ составленіе актовъ состоянія по различію сословій предоставлено различнымъ правительственнымъ властямъ, а именно:

Для дворянъ—депутатскимъ собраніямъ и герольдіи.

Для духовенства—консисторіямъ и сvноду.

Для городскихъ обывателей — городской думѣ.

Для сельскихъ обывателей учреждаются временныя ревизскія коммисіи.

Съ изданіемъ положеній 19-го февраля 1861 года узаконенія наши по сему предмету необходимо должны подвергнуться пересмотру. Уменьшеніе сословныхъ правъ и преимуществъ само собою потребуетъ упрощенія этой части законодательства, и тогда удостовѣреніе правъ члена общества по отношенію къ государству сольется съ удостовѣреніемъ правъ личности въ отношеніи къ семейству.

II. ЗАКОНЫ О МѢСТѢ ЖИТЕЛЬСТВА.

Законы о мѣстѣ жительства членовъ гражданскаго общества имѣютъ практическую важность по отношенію къ тяжебному судопроизводству, ибо мѣсто жительства отвѣтчика служитъ основнымъ признакомъ опредѣленія подсудности тяжебныхъ дѣлъ въ искахъ личныхъ. Въ нашихъ гражданскихъ законахъ вовсе нѣтъ правилъ о мѣстѣ жительства. Въ законахъ гражданскаго судопроизводства за основаніе опредѣленія подсудности въ дѣлахъ по искамъ въ долговыхъ обязательствахъ принимается *мѣстопребываніе* отвѣтчика (ст. 744 т. X ч. II), а по искамъ въ обидахъ, ущербахъ и пр. *мѣсто жительства* и званіе отвѣтчика. Изъ этого видно, что у насъ не установилась еще терминологія относительно опредѣленія мѣста жительства, и потому понятіе о мѣстопребываніи смѣшивается съ понятіемъ о мѣстѣ жительства. Наконецъ въ уставѣ о паспортахъ и бѣглыхъ (т. XIV ст. 1—38) содержатся собственно полицейскія правила о мѣстѣ жительства, сущность коихъ заключается въ слѣдующемъ:

Постояннымъ мѣстомъ жительства считается:

1) для служащихъ,—мѣста, гдѣ они служатъ;

2) для собственниковъ,—мѣста, гдѣ находится ихъ недвижимое имущество;

3) для сословій,—мѣсто, гдѣ они записаны въ книги дворянскія, городскія, обывательскія, ревизскія и т. п.;

4) для ремесленниковъ и посадскихъ,—цехи и посады;

5) для крестьянъ всякаго званія,—селенія, гдѣ они записаны по ревизіи;

6) для духовенства, — церкви, при коихъ они состоятъ;

7) для казаковъ,—войсковые округи.

Неточность этихъ правилъ о мѣстѣ жительства уничтожаетъ всякое ихъ значеніе: здѣсь для опредѣленія мѣста жительства указано нѣсколько признаковъ, изъ коихъ многіе весьма часто могутъ быть отнесены къ одному и

тому же лицу, такъ что мѣсто жительства одного лица можетъ быть весьма различно, смотря по тому, какой именно признакъ принятъ для сего опредѣленія, напр. мѣсто служенія, или мѣсто нахожденія недвижимой собственности, или же мѣсто, гдѣ записано сословное происхожденіе лица. Опредѣленіе мѣста жительства по нашимъ законамъ имѣетъ тѣсную связь съ нашею податною системою. Оно кажется установлено единственно въ видахъ болѣе удобнаго выполненія сбора податей. По этому оно болѣе опредѣлительно и слѣдовательно и обязательно для податныхъ, чѣмъ для другихъ сословій. На этомъ же основана и наша строгость въ выдачѣ паспортовъ. Разрѣшеніе крестьянскаго вопроса и установленіе правильной финансовой системы требуетъ болѣе правильнаго опредѣленія мѣста жительства.

Необходимо различить понятіе о мѣстѣ жительства политическомъ, обязательномъ, устанавляемомъ для опредѣленія отношенія члена общества къ государству, отъ понятія о мѣстѣ жительства гражданскомъ, свободномъ, устанавляемомъ для опредѣленія отношеній его къ частнымъ лицамъ.

Установленіе перваго необходимо для опредѣленія мѣстности, въ коей каждый членъ общества можетъ пользоваться участіемъ въ управленіи государства, а установленіе послѣдняго признается нѣкоторыми юристами необходимымъ для возможнаго упрощенія и ускоренія совершенія частныхъ сдѣлокъ и разрѣшенія тяжбъ. Съ первымъ тѣсно связано условіе владѣнія недвижимымъ имуществомъ или же мѣсто службы, но второе должно кажется быть предоставлено произвольному выбору частныхъ лицъ. Первое входитъ исключительно въ областъ административнаго производства и потому объ немъ упоминается лишь для точнаго разграниченія понятія о сихъ двухъ особыхъ условіяхъ государственной и гражданской жизни. Но второе имѣетъ непосредственное соприкосновеніе съ гражданскимъ судопроизводствомъ.

Такимъ образомъ:

1) Отъ него зависитъ опредѣленіе подсудности въ искахъ личныхъ.

2) Въ случаѣ тяжбы вызовы и вообще всѣ объявленія суда посылаются въ гражданское мѣсто жительства, если для сего не избрано другаго условнаго мѣста жительства.

3) Отъ гражданскаго мѣста жительства какого либо лица зависитъ опредѣленіе мѣста, гдѣ открывается оставшееся по смерти его наслѣдство.

4) Наконецъ оно служитъ началомъ розысканій въ случаѣ чьего либо безвѣстнаго отсутствія.

По французскому законодательству правила о мѣстѣ жительства принадлежатъ къ числу необходимыхъ условій, дополняющихъ общее понятіе о личныхъ правахъ человѣка, и потому онѣ помѣщены въ первую книгу гражданскаго кодекса и предшествуютъ правиламъ о правахъ семейственныхъ. Сущность сихъ правилъ состоитъ въ слѣдующемъ:

Гражданское мѣсто жительства опредѣляется самимъ закономъ для лицъ неполноправныхъ, мѣсто жительства коихъ всегда предполагается въ мѣстѣ жительства лицъ, завѣдывающихъ ихъ дѣлами; напр. малолѣтныхъ и вообще лицъ, состоящихъ подъ опекою у родителей или опекуновъ ихъ. Но полноправныя лица избираютъ гражданское мѣсто жительства по своему усмотрѣнію. Оно можетъ быть или постоянное или же временное, указанное собственно для одного какого нибудь дѣла.

По закону постояннымъ мѣстомъ жительства (*domicile*) по отношенію къ пользованію гражданскими правами считается то мѣсто, гдѣ членъ общества избираетъ главное свое водвореніе. Удостовѣреніе сего избранія принадлежитъ мѣстной общинной власти и именно меру. Перемѣна мѣста жительства зависитъ всегда отъ воли лица, а удостовѣреніе о семъ дѣлается какъ въ той общинѣ, гдѣ было прежде мѣсто жительства, такъ и въ той, гдѣ установлено новое. Единственная форма для сего удостовѣренія состоитъ въ объявленіи частнымъ лицомъ своего намѣренія пере-

мѣнить мѣсто жительства въ этихъ двухъ общинахъ.

Правила сіи, при всей простотѣ своей, удовлетворяютъ практической потребности; съ одной стороны воля частнаго лица нисколько не стѣсняется свободнымъ избраніемъ и перемѣною мѣста жительства, а удостовѣреніе въ семъ мѣстною общинною властью не затруднено ни особыми формами, ниже другими условіями, кромѣ оглашенія своего намѣренія.

Оглашеніе это не только не можетъ быть признано стѣснительною мѣрою для лица, перемѣняющаго мѣсто жительства, но скорѣе мѣрою, ограждающею его отъ умышленнаго возбужденія дѣла въ другомъ мѣстѣ съ цѣлью воспользоваться заочнымъ рѣшеніемъ или вообще съ цѣлью лишить его скрытнымъ образомъ какихъ либо правъ.

Польза сихъ правилъ доказывается уже тѣмъ, что почти всѣ законодатели заимствовали изъ французскаго основныя начала для опредѣленія мѣста жительства, даже Англія, которая вовсе не заражена безотчетнымъ подраженіемъ иноземнымъ законодательствамъ.

Англійское законодательство въ прежнее время не заключало въ себѣ никакихъ правилъ о мѣстѣ жительства и весьма часто англійскіе судьи, для разрѣшенія спорныхъ по сему предмету вопросовъ, обращались къ сочиненіямъ иностранныхъ юристовъ, но въ послѣднее время этотъ вопросъ былъ разработанъ и установлены положительныя правила, почти во всемъ согласныя съ правилами французскаго гражданскаго кодекса (*Concordance entre les codes civils. Anthoine de saint-Joseph T. 2 p. 214*).

Графъ М. М. Сперанскій при составленіи въ 1810-мъ году проекта гражданскаго уложенія для Россіи полагалъ съ своей стороны ввести у насъ правила о мѣстѣ жительства. Въ проектѣ его въ ст. 51—61 изложены слѣдующія правила:

§ 51. Въ дѣлахъ гражданскихъ искъ открывается въ тѣхъ судебныхъ мѣстахъ, коимъ отвѣтчикъ подвѣдомъ по своему жительству.

§ 52. Жительство каждаго полагается тамъ, гдѣ главное его водвореніе или осѣдлость.

§ 53. Въ правахъ личныхъ, по имуществамъ движимымъ и по обязательствамъ, съ ними сопряженнымъ, жительство каждаго опредѣляется пребываніемъ его или службою.

§ 54. Въ дѣлахъ по недвижимымъ имѣніямъ, по обязательствамъ и правамъ, съ сими имѣніями сопряженнымъ, каждый разбирается въ тѣхъ судебныхъ мѣстахъ, гдѣ имѣнія сіи находятся, даже и въ томъ случаѣ, когда бы личное жительство перемѣнилось.

§ 55. Въ уставахъ полицейскихъ опредѣляются явки и свидѣтельства, коими удостовѣряется перемѣна личнаго жительства.

§ 56. При перемѣнѣ личнаго жительства, обязательства, прежде учиненныя, остаются въ вѣдомствѣ тѣхъ мѣстъ, гдѣ возникъ искъ по прежнему мѣстопребыванію.

§ 57. Въ личныхъ правахъ и въ имуществахъ движимыхъ, жена вѣдома по жительству мужа, а по имѣніямъ недвижимымъ она вѣдается тамъ, гдѣ они состоятъ.

§ 58. Несовершеннолѣтніе, состоящіе подъ опекою или попечительствомъ, въ правахъ личныхъ вѣдомы по жительству отца, опекуна или попечителя, а по имѣнію тамъ, гдѣ имѣніе ихъ находится.

§ 59. Мѣсто, гдѣ должно быть открыто наслѣдство послѣ умершаго, опредѣляется послѣднимъ его жительствомъ.

§ 60. Въ договорахъ дозволяется обоюднымъ сторонамъ полагать между собою особенныя условія о вѣдомствѣ по какому либо извѣстному предмету, только бы таковое условіе не нарушило правъ казны или лица посторонняго, и не было бы противно общимъ узаконеніямъ.

§ 61. Таковый выборъ вѣдомства по условію долженъ быть означенъ точнымъ постановленіемъ, засвидѣтельствованнымъ въ томъ судѣ, коему обѣ стороны подвѣдомы по ихъ жительству.

На основаніи вышеизложенныхъ соображеній слѣдовало бы у насъ установить самыя

краткія правила о мѣстѣ жительства, сущность коихъ должна заключаться лишь въ опредѣленіи понятія о гражданскомъ мѣстѣ жительства, значенія его по отношенію къ судопроизводству и органовъ, которые должны завѣдывать удостовѣреніемъ объявляемаго по сему предмету частными лицами намѣренія.

Такимъ образомъ можно было бы установить:

1) Гражданское мѣсто жительства въ отношеніи къ пользованію гражданскими правами признается тамъ, гдѣ назначено главное водвореніе полноправнаго лица. Оно можетъ быть постоянное или временное.

2) Объ избраніи мѣста жительства каждый совершеннолѣтній объявляетъ мѣстному полицейскому начальству. О перемѣнѣ мѣста жительства объявляется полицейскому начальству того мѣста, гдѣ было прежнее и того мѣста, гдѣ назначено новое.

3) Мѣсто жительства малолѣтныхъ, несовершеннолѣтнихъ и вообще не полноправныхъ лицъ признается у ихъ родителей или опекуновъ.

4) Если объявленія о мѣстѣ жительства не было, то мѣстомъ жительства признается мѣсто пребыванія какого либо лица, т. е. то мѣсто, гдѣ оно живетъ постоянно, независимо отъ избраннаго мѣста жительства, или же мѣста временнаго его нахожденія.

III. БЕЗВѢСТНО-ОТСУТСТВУЮЩІЕ.

Порядокъ признанія безвѣстнаго отсутствія тѣсно связанъ съ вопросомъ объ охраненіи имущества, оставшагося послѣ умершаго владѣльца, если къ имуществу сему не являются наслѣдники умершаго, а потому прежде всего необходимо сказать нѣсколько словъ объ охраненіи такого имущества.

Главнѣйшія затрудненія, возникающія у насъ въ дѣлахъ этого рода на практикѣ, происходятъ отъ неопредѣлительности законовъ относительно порядка и постепенно-

сти слѣдующихъ охранительныхъ дѣйствій: *вызова наслѣдниковъ, взятія имѣнія въ казенный присмотръ, описи имѣнія и назначенія опекунскаго управленія.* Очевидно что вызовъ наслѣдниковъ долженъ быть первымъ дѣйствіемъ по охраненію имѣнія, владѣлецъ коего умеръ, а наслѣдники владѣльца неизвѣстны. Это истекаетъ не только изъ здраваго смысла, но и изъ соображенія всѣхъ узаконеній до сего предмета относящихся; тѣмъ не менѣе главная статья закона о вызовѣ наслѣдниковъ (ст. 1239 т. X ч. 1), по неопредѣлительности и условности своей, даетъ поводъ къ недоразумѣніямъ и къ разнообразнымъ дѣйствіямъ судебныхъ мѣстъ. Судебная практика показываетъ, что дѣйствія нашихъ присутственныхъ мѣстъ въ семъ отношеніи до крайности разнообразны. Такимъ образомъ одинъ уѣздный судъ, при открытіи подобнаго наслѣдства, дѣлаетъ вызовъ наслѣдниковъ *и въ тоже самое время* передаетъ наслѣдство въ завѣдываніе *опеки*, въ другомъ — имѣніе умершаго владѣльца *прежде всего* берется въ опеку, а публикація о вызовѣ его наслѣдниковъ дѣлается уже послѣ того, между тѣмъ какъ, на основаніи ст. 1164 и 1241 т. X ч. 1, имѣніе можетъ быть взято въ опеку только *чрезъ полгода со дня послѣдняго припечатанія вызова наслѣдниковъ.* Нѣкоторыя губернскія правленія составляютъ *прежде всего* опись имуществу умершаго владѣльца, а потомъ уже препровождаютъ ее въ судъ для распоряженія о вызовѣ наслѣдниковъ, между тѣмъ какъ, по самому свойству вызова, для учиненія его въ предварительномъ составленіи описи надобности не представляется.

Взятіе имѣнія въ казенный присмотръ должно быть дѣйствіемъ современнымъ вызову наслѣдниковъ, но по неясности законовъ правило это исполняется различно: въ ст. 1164, 1239, 1241 и 1242, въ коихъ говорится о вызовѣ наслѣдниковъ и объ опекунскомъ управленіи, не упоминается ничего о казенномъ присмотрѣ, а въ ст. 1243 сказано, что въ казенный присмотръ берется имѣніе лица,



находящагося въ безвѣстномъ отсутствіи. Такимъ образомъ, эта послѣдняя статья (1243) по видимому имѣетъ мало общаго съ первыми (1164, 1239 и 1244), между тѣмъ какъ изъ соображенія подведенныхъ подъ этими статьями цитатовъ видно, что ст. 1243 составлена именно въ предупрежденіе возникавшихъ по неясности первыхъ статей на практикѣ затрудненій. Изъ ст. 1164, 1239 и 1241 вообще не видно, кто завѣдываетъ имѣніемъ со времени смерти владѣльца до вызова наслѣдниковъ, и до истеченія полугодоваго срока со времени вызова наслѣдниковъ. Въ ст. 1164 сказано, что въ случаѣ неявки наслѣдниковъ въ полугодовой срокъ имѣніе поступаетъ въ опекунское управленіе, но въ чьемъ управленіи оно должно состоять до истеченія этого срока, въ законѣ ничего не сказано. Изъ статьи 1241 видно, что даже находящіеся на лицо наслѣдники, при отсутствіи другихъ, вступаютъ въ управленіе имуществомъ только по истеченіи этого полугодичнаго срока.

Недоразумѣнія эти разъясняются отчасти содержаніемъ указовъ 1730, 1767 и 1838 г., на коихъ основаны дѣйствующіе законы. Въ этихъ указахъ изображено:

1) *Въ указѣ 7 Августа 1730 г. (15601 п. 7).* Понеже всѣ выморочныя имѣнія Ея Императорскому Величеству принадлежатъ; того ради ежели такія выморочныя движимыя и недвижимыя имѣнія въ губерніяхъ и въ провинціяхъ имѣются, о томъ изъ тѣхъ мѣстъ въ канцелярію конфискаціи, немедленно присылать обстоятельныя вѣдомости; а между тѣмъ такія имѣнія *брать губернатору или воеводѣ въ свое вѣдомство*, и по данной изъ той канцеляріи формѣ *дѣлать обстоятельныя описи.*

2) *Въ указѣ 4 апрѣля 1767 г. (12864) о взятіи крестьянъ, кои своихъ помѣщиковъ не знаютъ, въ казенный присмотръ.* Въ Вологодскомъ уѣздѣ въ комельской трети и волости, явилось шесть душъ мужеска пола такихъ крестьянъ, которые по прежней и по нынѣшней ревизіямъ хотя написаны за княземъ Вадбольскимъ, но по объявленіи старосты Якова

Ермилова, тѣми крестьянами никто не владѣетъ, и они никакого никому оброку не платятъ, потому что помянутый ихъ помѣщикъ уже предъ не малыми годами умеръ, и оставшіеся по немъ наслѣдники жительствуютъ въ Пошехонскомъ уѣздѣ, до означенныхъ деревень и крестьянъ совсѣмъ не касаются. Приказали: прописавъ уѣздъ и имена деревень и умершаго помѣщика, обнародовать отъ академіи наукъ газетами, съ тѣмъ, чтобъ имѣющіе подлинныя доказательства къ наслѣдству и владѣнію помянутыхъ деревень, явились въ сенатѣ или въ Вологодской провинціальной канцеляріи отъ сего времени въ полгода; а если въ сей срокъ не явятся и своего права къ тому не докажутъ, то оныя какъ выморочныя взяты будутъ на корону. По семужъ случаю и во всѣ губерніи и провинціи послать указы съ тѣмъ, дабы и всѣ являющіяся подобныя своихъ помѣщиковъ не знающія деревни, равномѣрно въ казенный присмотръ взять.

3) Наконецъ *въ указѣ 17 ноября 1838 г. (11748) о незачисленіи въ казенное вѣдомство выморочныхъ имѣній прежде истеченія 10 лѣтъ:* находя правильнымъ и съ силою 765 и 767 ст. X Т. Свод. Гражд. Зак. (изд. 1832 г.) сообразнымъ мнѣніе министра государственныхъ имуществъ о томъ, что имѣнія находящихся въ безвѣстномъ отсутствіи лицъ не прежде должны быть причисляемы въ казенное вѣдомство, какъ по истеченіи *десяти лѣтъ* со дня припечатанія въ вѣдомостяхъ объявленія о явкѣ къ принятію имѣнія, а до того слѣдуетъ брать ихъ *только въ казенный присмотръ*, правительствующій сенатъ, согласно представленію министра, полагаетъ: подтвердить всѣмъ казеннымъ и гражданскимъ палатамъ, уѣзднымъ судамъ, чтобы съ имѣніями лицъ, въ безвѣстномъ отсутствіи находящихся, поступаемо было по точной силѣ 765, 766 и 767 ст. X Т. Свод. Гражд. Зак., и чтобы рѣшеній, не согласныхъ съ оными, постановляемо не было.

Изъ этихъ указовъ видно, что для охраненія имѣнія лица безвѣстно отсутствующаго

принимаются слѣдующія охранительныя дѣйствія:

1) Прежде всего вызываются наслѣдники.

2) Въ тоже самое время имѣніе берется для составленія описи въ казенный присмотръ, или правильнѣе: временный присмотръ мѣстнаго начальства. Этотъ присмотръ долженъ продолжаться единственно до составленія описи; для чего и слѣдуетъ установить самый краткій срокъ, не болѣе одного мѣсяца.

3) По составленіи описи имѣніе передается по описи въ опекунское управленіе.

За тѣмъ возникаетъ вопросъ: необходимъ ли полугодовой срокъ, о коемъ упоминается въ ст. 1164 и 1241. Изъ двухъ указовъ 1767 и 1838 г., на коихъ статьи эти основаны, видно, что этотъ срокъ сначала замѣнялъ давность, а съ установленіемъ общаго *десятилѣтняго срока* земской давности, *полугодовой срокъ* утратилъ всякое значеніе, и нынѣ служитъ только причиною недоразумѣній и неправильнаго исполненія закона.

Такимъ образомъ, для устраненія возникающихъ по сему предмету на практикѣ затрудненій, необходимо прежде всего согласовать между собою ст. 1164, 1226, 1239—1243 т. X, ч. 1, установивъ точныя правила о постепенности первоначальныхъ *четырехъ охранительныхъ дѣйствій*, именно: *вызова наслѣдниковъ, взятія имѣнія въ казенный присмотръ, составленія описи имѣнія и отдачи онаго въ опекунское управленіе*, и вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣнить *полугодичный срокъ*, оставшійся въ статьяхъ 1164 и 1241-й законовъ гражданскихъ.

Этимъ устранятся недоразумѣнія только по охраненію имущества, но кромѣ того необходимо установить правила судебнаго производства для розысканія неявившихся къ тому имѣнію наслѣдниковъ, или же *для признанія ихъ безвѣстно отсутствующими*.

Удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи возложено по нашимъ законамъ на полицейское и губернское начальство (ст. 8 т. IX зак. о сост., ст. 1243 т. X ч. 1 зак. гражд.), но положительныхъ правилъ о порядкѣ признанія безвѣстнаго отсутствія въ законахъ не

содержится; между тѣмъ, по гражданскимъ законамъ, послѣдствія безвѣстнаго отсутствія весьма важны, какъ по отношенію къ имуществу, такъ и къ семейству. Безвѣстное отсутствіе пріостанавливаетъ права состоянія (ст. 7 т. IX), лишаетъ права на владѣніе имуществомъ (ст. 1164 т. X ч. 1), имѣетъ первымъ послѣдствіемъ взятіе этого имѣнія въ казенный присмотръ (ст. 1243) и наконецъ служитъ поводомъ къ расторженію брака (ст. 58—59, т. X ч. 1). Хотя по общему закону никто не можетъ быть лишенъ правъ состоянія или ограниченъ въ правахъ иначе, какъ по суду за преступленіе (ст. 9, т. IX), но предоставленіе полицейскому начальству удостовѣренія въ безвѣстномъ отсутствіи и неполнота правилъ о порядкѣ сего удостовѣренія ослабляетъ дѣйствіе сего важнаго закона.

Во всѣхъ почти иностранныхъ законодательствахъ безвѣстно отсутствующіе пользуются, наравнѣ съ малолѣтными, особымъ покровительствомъ закона. Удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи возлагается всегда на судебныя мѣста. Къ имѣнію безвѣстно отсутствующаго назначается опекунъ или попечитель, который обязанъ сохранять имѣніе въ цѣлости и управлять онымъ подъ надзоромъ судебнаго мѣста. Защита правъ безвѣстно отсутствующихъ въ судебныхъ мѣстахъ возлагается на прокурора и признаніе безвѣстнаго отсутствія дѣлается судомъ не иначе, какъ по выслушаніи предварительнаго заключенія прокурора.

По французскому законодательству безвѣстное отсутствіе имѣетъ три періода:

Первый періодъ: предположеніе безвѣстнаго отсутствія. Наслѣдники лица, находящагося въ безвѣстномъ отсутствіи и вообще всѣ лица, имѣющія право на участіе въ имуществѣ, могутъ просить судъ въ теченіи 4-хъ лѣтъ о принятіи мѣръ къ охраненію имущества. Судъ прежде всего назначаетъ нотаріуса для приведенія имущества въ извѣстность; при чемъ охраненіе правъ безвѣстно-отсутствующаго возлагается на прокурора.

Второй періодъ: признаніе безвѣстнаго отсут-

ствія. По истеченіи 4-хъ лѣтъ производится слѣдствіе о безвѣстно-отсутствующемъ и дѣло о семъ рѣшается въ порядкѣ состязательнаго производства; при чемъ прокуроръ представляетъ лицо безвѣстно-отсутствующаго. Судебное рѣшеніе о безвѣстно-отсутствующемъ можетъ быть постановлено не ранѣе, какъ чрезъ годъ послѣ назначенія слѣдствія. Прокуроръ представляетъ постановленія суда какъ частныя, такъ и окончательныя министру юстиціи, который ихъ публикуетъ. Признаніе безвѣстнаго отсутствія даетъ наслѣдникамъ его право просить о своевременномъ вводѣ во владѣніе недвижимымъ его имуществомъ; но этотъ вводъ есть ни что иное, какъ принятіе имущества на сохраненіе и въ случаѣ явки безвѣстно-отсутствующаго въ теченіи 15-ти лѣтъ, оно отдается ему вмѣстѣ съ $^1/_5$ частью дохода, а въ случаѣ явки послѣ 15-ти лѣтъ лишь съ $^1/_{10}$ частью дохода.

Третій періодъ: окончательный вводъ во владѣніе. По истеченіи 30-ти лѣтъ послѣ ввода во владѣніе, наслѣдники и всѣ участвующія въ ихъ правахъ по наслѣдству лица могутъ просить о раздѣлѣ его имѣнія и окончательномъ вводѣ во владѣніе; но и этотъ вводъ не даетъ имъ права собственности на недвижимое имущество: права безвѣстно-отсутствующаго не прекращаются никакою давностью; въ случаѣ явки его даже по истеченіи 30-ти лѣтъ, ему возвращается все имущество, но уже безъ доходовъ.

Почти такія же правила о безвѣстно-отсутствующихъ приняты и въ другихъ иностранныхъ государствахъ. Различіе въ порядкѣ производства дѣла относится только или къ сроку, въ который признается безвѣстное отсутствіе или къ особенностямъ порядка сего признанія. Въ нѣкоторыхъ государствахъ срокъ сей уменьшенъ до 10 и даже до 5 лѣтъ. Вообще признаніе безвѣстнаго отсутствія во всѣхъ государствахъ, кромѣ Россіи, предоставлено судебнымъ мѣстамъ, а защита правъ ихъ наравнѣ съ малолѣтными возложена на прокурора. Только въ Англіи участіе

прокурора въ подобныхъ дѣлахъ рѣшительно не допускается.

Послѣдствіе безвѣстнаго отсутствія въ отношеніи къ семейству заслуживаетъ особеннаго вниманія. По нашимъ законамъ (ст. 54 т. X ч. 1) пятилѣтнее безвѣстное отсутствіе влечетъ за собою расторженіе брака и даетъ право оставшемуся супругу на вступленіе въ новый бракъ. При неопредѣлительности правилъ удостовѣренія въ безвѣстномъ отсутствіи, законъ этотъ имѣетъ иногда на практикѣ чрезвычайно вредныя послѣдствія.

Удостовѣреніе это, какъ выше уже замѣчено было, возложено вообще на полицейское и губернское начальства, которымъ не дано никакихъ основныхъ началъ опредѣленія порядка въ семъ удостовѣреніи. По отношенію къ служащимъ, удостовѣреніе это предоставляется начальству. Въ доказательство неудобства существующаго нынѣ порядка можно указать на бывшее въ разсмотрѣніи Государственнаго Совѣта, въ 1860 году, дѣло солдата Михѣева.

Сущность этого дѣла состоитъ въ слѣдующемъ. Въ 1841 году военное начальство удостовѣрило, что Михѣевъ умеръ. На семъ основаніи Михѣева, въ 1846 году, вступила во второй бракъ съ Ждановымъ и прижила отъ него въ этомъ *законномъ бракѣ* трехъ дѣтей, но, въ 1851 году, Михѣевъ, возвратясь на родину, потребовалъ жену къ себѣ и второй ея бракъ *признанъ недѣйствительнымъ по рѣшенію С. Синода*.

Тамъ, гдѣ удостовѣреніе безвѣстнаго отсутствія возложено на судебныя мѣста, подобные случаи, если и могутъ быть, то весьма рѣдко. Французская судебная статистика удостовѣряетъ, что вообще случаи признанія безвѣстнаго отсутствія судебными мѣстами составляютъ самое рѣдкое явленіе въ судебной практикѣ.

Въ проектѣ гражданскаго уложенія 1814 г. помѣщена глава объ отсутствіи (ст. 62—75). Сущность изложенныхъ въ ней правилъ заключается въ слѣдующемъ: Въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія какого либо лица, всѣ

имѣющіе къ имуществу его какое либо притязаніе, имѣютъ право просить губернское начальство объ оглашеніи безвѣстнаго отсутствія и принятіи охранительныхъ мѣръ къ его имуществу. Губернское начальство назначаетъ опеку надъ имуществомъ, а вопросъ о безвѣстномъ отсутствіи передаетъ на разрѣшеніе судебныхъ мѣстъ.

Принимая въ соображеніе важность послѣдствій безвѣстнаго отсутствія въ гражданской жизни, кажется нельзя не придти къ убѣжденію, что признаніе онаго, всегда соединенное съ лишеніемъ правъ на имущество и даже правъ состоянія, должно быть возложено не на правительственныя, а на судебныя мѣста. Но здѣсь нельзя не замѣтить, что порядокъ признанія безвѣстнаго отсутствія не можетъ быть подчиненъ общему тяжебному порядку, потому что обвиняемаго въ безвѣстномъ отсутствіи нѣтъ на лицо, и онъ не можетъ защищать правъ своихъ въ состязательномъ порядкѣ. Слѣдовательно по необходимости порядокъ признанія безвѣстнаго отсутствія долженъ имѣть особыя отличительныя свойства отъ порядка тяжебнаго. Сущность этого особеннаго порядка должна состоять въ слѣдующемъ:

1) Наслѣдники и другія лица, имѣющія какое либо притязаніе къ имуществу лица, находящагося въ безвѣстномъ отсутствіи, имѣютъ право просить мѣстное полицейское или губернское начальство объ учиненіи публикаціи о безвѣстно-отсутствующемъ, а мѣстный судъ 1-й степени о принятіи мѣръ къ охраненію его имущества.

2) Полицейское и губернское начальства дѣлаютъ публикацію о вызовѣ наслѣдниковъ. Судъ назначаетъ опеку и опекуна, для защиты правъ безвѣстно-отсутствующаго.

3) Опека приводитъ имущество въ извѣстность и дѣлаетъ розысканіе о безвѣстно-отсутствующемъ, о чемъ прежде всего дѣлаетъ также публикацію.

4) По истеченіи 10-ти лѣтъ послѣ учиненія публикаціи о вызовѣ наслѣдниковъ вопросъ о признаніи безвѣстнаго отсутствія

передается на разрѣшеніе суда 1-й степени, о чемъ въ то же время публикуется въ мѣстныхъ и столичныхъ вѣдомостяхъ.

5) Судебное мѣсто назначаетъ прежде всего производство слѣдствія о безвѣстно-отсутствующемъ. За тѣмъ вопросъ о безвѣстномъ отсутствіи разрѣшается не иначе, какъ по выслушаніи заключенія прокурора.

6) Рѣшеніе о семъ объявляется публично въ засѣданіи суда и публикуется въ мѣстныхъ и столичныхъ вѣдомостяхъ.

IV. ПОРЯДОКЪ УСЫНОВЛЕНІЯ.

Существующее у насъ различіе порядковъ усыновленія зависитъ отъ различія сословныхъ правъ и преимуществъ.

Такимъ образомъ объ усыновленіи дворянами въ нашихъ гражданскихъ законахъ нѣтъ подробныхъ правилъ. Сказано только, что оно производится не иначе, какъ съ Высочайшаго соизволенія (зак. гр. т. X ч. 1 ст. 146). Правило это естественно основано на томъ, что дворянское сословіе пользуется извѣстными преимуществами предъ прочими сословіями и потому никто не можетъ ни пріобрѣсть, ни потерять его безъ утвержденія высшей власти.

Напротивъ того объ усыновленіи городскими и сельскими обывателями установлены болѣе подробныя правила. Производство дѣлъ объ усыновленіи купцами возложено на магистратъ, и равнымъ образомъ на губернатора и правительствующій сенатъ (ст. 153). Производство дѣлъ объ усыновленіи мѣщанами возложено на казенныя палаты (ст. 156). Наконецъ усыновленіе мѣщанами и крестьянами сиротъ производится съ вѣдома городскихъ и мірскихъ обществъ (ст. 157). Это усыновленіе есть не что иное, какъ приписка сироты къ крестьянскому обществу.

Изъ сего видно, что вопросъ объ усыновленіи у насъ разрѣшается смотря по различію сословій: иногда общественными учрежденіями, городскими и сельскими обществами,

иногда губернаторомъ, иногда судами и наконецъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ Государемъ Императоромъ.

Во Франціи установлены въ семъ отношеніи слѣдующія правила, принятыя почти во всѣхъ другихъ законодательствахъ, гдѣ существуетъ усыновленіе.

Удостовѣреніе усыновленія предоставлено исключительно судебному вѣдомству на томъ общемъ основаніи, что усыновленіе есть договоръ, созидающій гражданскія отношенія родственнаго союза. По этому однимъ изъ необходимыхъ условій для удостовѣренія сего договора требуется совершеннолѣтіе какъ усыновляющаго, такъ и усыновляемаго.

Усыновляющій и усыновляемый являются къ мировому судьѣ и объявляютъ о взаимномъ согласіи на усыновленіе.

Мировой судья, въ теченіи 10 дней, передаетъ актъ прокурору, состоящему при судѣ первой степени; ему же подаютъ свои возраженія и наслѣдники усыновляющаго.

Прокуроръ передаетъ дѣло на рѣшеніе суда первой степени, который постановляетъ опредѣленіе объ усыновленіи и вноситъ оное въ теченіи одного мѣсяца на ревизію апелляціоннаго суда. Если судъ 2-й степени утверждаетъ усыновленіе, то рѣшеніе сего суда, по истеченіи 3-хъ мѣсяцевъ, вносится въ реестры актовъ гражданскаго состоянія.

Отказъ и даже возобновленіе отказа суда 2-й степени въ удостовѣреніи усыновленія, не лишаетъ желающихъ возобновить просьбу объ усыновленіи. Это основано на томъ общемъ правилѣ, что постановленіе суда въ дѣлахъ, подлежащихъ охранительному или добровольному производству, не имѣетъ законной силы судебныхъ рѣшеній. На томъ же основаніи и лица, кои находятъ, что усыновленіе нарушаетъ въ чемъ либо ихъ права, не лишены права начать о семъ искъ въ судебныхъ мѣстахъ, не стѣсняясь постановленіемъ суда 2-й степени, если только они не пропустили давности.

Порядокъ сей принятъ почти во всѣхъ

Европейскихъ государствахъ, гдѣ существуетъ право усыновленія.

Изъ этого видно, что различіе нашего порядка усыновленія и порядка установленнаго за границей, зависитъ отъ особенности правъ дворянскаго состоянія; по этому и графъ М. М. Сперанскій въ проектѣ гражданскаго уложенія 1810 г., установляя правила для усыновленія сперва гражданскою, а потомъ церковною властью, полагалъ запретить усыновленіе дѣтей не того состоянія, къ коему принадлежатъ усыновляющіе (см. ст. 362, 364, 370 пр. гр. ул.).

Кажется, что по самой рѣдкости случаевъ усыновленія, въ измѣненіи порядка удостовѣренія сего событія не представляется надобности тѣмъ болѣе, что самый порядокъ усыновленія дворянами есть нѣчто символическое и составляетъ болѣе особенность древняго римскаго права, чѣмъ новѣйшихъ законодательствъ; особенной надобности въ немъ въ гражданской жизни не представляется, ибо существенное значеніе его: передача имущества, можетъ послѣдовать и безъ усыновленія, а съ уменьшеніемъ сословныхъ преимуществъ передача званія и фамиліи не будетъ уже представлять особой важности. Вѣроятно, что со временемъ эта излишняя формальность гражданскаго права потеряетъ совершенно практическое значеніе. По крайней мѣрѣ современная юридическая статистика показываетъ, что усыновленіе не только въ нашей гражданской жизни, но въ иностранныхъ государствахъ есть явленіе весьма рѣдкое. Да и самыя права, предоставляемыя новѣйшими законодательствами въ слѣдствіе усыновленія, ограничиваются нынѣ почти только предоставленіемъ имущества.

По древнему римскому праву усыновляемые исключались изъ семейства, къ коему принадлежатъ по рожденію и переходили въ семейство лица, которое его усыновило.

Это правило не вошло въ новѣйшія Европейскія законодательства. Усыновляемый не входитъ въ семейство, его усыновившее; онъ остается въ своемъ семействѣ, но пользуется

только правами по имуществу. Прусское законодательство, которое послужило по вопросу объ усыновленіи образцомъ и для Франціи, признаетъ, что усыновленіе есть не что иное, какъ договоръ, имѣющій дѣйствіе только въ отношеніи къ имуществу и потому позволяетъ уничтожить сей договоръ по взаимному согласію сторонъ. Кажется, что это ближе всего подходитъ къ естественному праву: ибо трудно себѣ представить, чтобы воля человѣка, служащая единственнымъ основаніемъ къ составленію всякаго договора, могла измѣнить права по рожденію, которыя не входятъ въ кругъ дѣйствій воли. Право усыновленія есть не что иное, какъ символистическая формула древняго римскаго права; въ наше время оно едвали имѣетъ какое либо практическое значеніе. На этомъ кажется основано и то, что усыновленіе не допускается ни въ Англіи, ни въ Голландіи, ни въ Швеціи, ни въ Норвегіи, ни даже въ нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантонахъ.

Нельзя притомъ не замѣтить, что и во Франціи въ прежнее время право усыновленія допускаемо не было. Прежде оно замѣнялось тамъ правомъ передачи имущества и фамиліи и введено только вмѣстѣ съ кодексомъ Наполеона; при чемъ были представлены сильныя возраженія противъ усыновленія по римскому праву, соединенному съ очевиднымъ нарушеніемъ права естественнаго.

Въ слѣдствіе сихъ возраженій усыновленіе по римскому праву отвергнуто и принято усыновленіе прусскаго законодательства, которое не допускаетъ измѣненія семейства, къ коему усыновляемый принадлежитъ по рожденію.

По нашимъ законамъ, съ усыновленіемъ не сопрягается даже никакого преимущества въ правѣ наслѣдованія (ст. 149 т. X ч. I зак. гр.) и оно состоитъ только въ передачѣ или присовокупленіи усыновляемому фамиліи и герба усыновляющаго.

По этому казалось бы полезнѣе всего, не допуская существенныхъ измѣненій нашихъ законовъ, установленіемъ правилъ, коими бы нарушались права естественныя, вовсе исклю-

чить право усыновленія изъ нашихъ законовъ, а до того времени, пока оно останется, принять за общее правило, что удостовѣреніе сего договора должно производиться судебными, а не административными мѣстами и притомъ безъ всякаго участія Верховной власти.

V. СОВЕРШЕНІЕ АКТОВЪ ПО ОТНОШЕНІЮ КЪ СЕМЕЙСТВУ.

По дѣйствующимъ нынѣ законамъ (ст. 1559 т. IX зак. о сост.) состояніе каждаго лица удостовѣряется актами двухъ родовъ.

1) *Общими*, для всѣхъ состояній, каковые суть метрическія книги и вѣдомости.

2) *Отдѣльными или особенными*, для разныхъ сословій, а именно:

Для дворянства—дворянскія родовыя книги, общій гербовникъ и списки дворянскіе.

Для духовенства—монастырскія записныя книги и списки лицамъ духовнаго вѣдомства.

Для городскихъ обывателей — городовыя обывательскія книги и бархатная книга знатныхъ купеческихъ родовъ.

Для податныхъ лицъ—ревизскія сказки.

Акты перваго рода, *общіе*, служатъ у насъ удостовѣреніемъ отношеній частнаго лица къ его семейству, а акты втораго рода, *отдѣльные или особенные*, удостовѣреніемъ отношеній его къ государству.

По принятой системѣ порядокъ удостовѣренія отдѣльныхъ актовъ состоянія изложенъ выше, и потому здѣсь остается разсмотрѣть порядокъ составленія актовъ общихъ всѣмъ состояніямъ.

Составленіе сихъ актовъ по нашимъ законамъ возложено на духовное вѣдомство.

Въ каждомъ приходѣ ведутся приходскія метрическія книги, въ коихъ обозначаются *три существенныхъ событія семейной жизни: рожденіе, бракъ и смерть* (ст. 1560 и 1561). Посему и книги сіи раздѣляются на *три* части: о родившихся, бракосочетавшихся и умершихъ (прил. къ ст. 1562).

Записка этихъ *трехъ событій* возлагается на священниковъ или же діаконовъ и причетниковъ. Метрическія книги представляются въ духовныя правленія, а списки въ нихъ оставляются при церквахъ для храненія въ ризницахъ. Духовныя правленія освидѣтельствовавъ порядокъ веденія книгъ, отсылаютъ ихъ въ духовную консисторію, которая одна имѣетъ право выдавать метрическія свидѣтельства (ст. 1568, 1570 и 1574).

Въ прежнее время выдача метрическихъ свидѣтельствъ была сопряжена съ особыми затрудненіями, но указомъ святѣйшаго синода 7 Сентября 1835 г. постановлено: по распространенію новѣйшими государственными постановленіями потребностей на метрическія свидѣтельства, разрѣшить выдачу оныхъ по всѣмъ случаямъ, въ коихъ оныя могутъ быть испрашиваемы (прил. къ ст. 1575).

Но особеннаго вниманія заслуживаетъ выраженное въ ст. 1621 т. IX зак. о сост. правило *(не воспріявшее впрочемъ полнаго дѣйствія, какъ это именно замѣчено въ алфавитѣ къ свод. зак. 1842 г. на стр. 550)* о содержаніи городскими и земскими полиціями вѣдомостей вновь рождающимся, вступающимъ въ бракъ и умершимъ и о повѣркѣ сихъ вѣдомостей каждый годъ съ консисторскими.

Это правило по намѣренію, съ которымъ оно было установлено еще въ 1802 г. (25 Августа № 20384), имѣетъ существенную связь съ закономъ 1833 г., вошедшимъ въ статью 1589 т. IX: по коей приходское римско-католическое духовенство обязано ежегодно доставлять *въ уѣздные суды* вѣрныя и точныя копіи метрикъ, какія представляются епархіальному начальству.

По важности сихъ двухъ узаконеній здѣсь излагаются принятыя по сему предмету основанія въ 1802 и 1833 годахъ.

Въ указѣ 25 августа 1802 г. (20384) о доставленіи вѣдомостей *отъ приходскихъ священниковъ въ градскую полицію о брачущихся, рожденныхъ и умершихъ въ тожь время какъ они подаютъ вѣдомости своему начальству* сказано:

Изъ дѣлъ, доходящихъ къ намъ о незаконности браковъ и рожденныхъ въ нихъ младенцовъ усматриваются сомнѣнія въ метрическихъ книгахъ. *Въ отвращеніе каковыхъ и для вѣрнѣйшаго впредь исчисленія народа* повелѣваемъ: въ тоже время, какъ приходскіе священники подаютъ своему начальству вѣдомости о бракосочетавшихся, вновь рожденныхъ и умершихъ, таковыя же доставлять градской сельской полиціи куда слѣдуетъ, и по истеченіи каждаго года свѣрять оныя съ консисторскими.

Правило сіе вошло въ сводъ законовъ въ нѣсколько измѣненномъ видѣ, ибо въ ст. 1625 т. IX говорится о доставленіи вѣдомостей не отъ духовнаго вѣдомства *въ полицію* градскую или земскую куда слѣдуетъ, а о доставленіи таковыхъ *полиціями*, куда слѣдуетъ. Въ слѣдствіе чего полицейскія начальства представляютъ эти вѣдомости своему начальству, единственно съ цѣлью вѣрнѣйшаго исчисленія народа, а главная цѣль, выраженная кромѣ того въ указѣ 1802 г.: *отвращеніе сомнѣній въ метрическихъ книгахъ*, совершенно утратилась. Этимъ кажется можно объяснить и *сдѣланное въ алфавитѣ къ своду законовъ замѣчаніе, что правило сіе не воспріяло полнаго дѣйствія*.

Законъ 1833 г. о повѣркѣ метрическихъ книгъ римско - католическаго духовенства уѣздными судами, имѣетъ равнымъ образомъ основною цѣлью *устраненіе злоупотребленій и подлоговъ въ составленіи метрическихъ книгъ и выдачѣ метрическихъ свидѣтельствъ*.

Онъ состоялся по поводу обнаруженныхъ въ нѣкоторыхъ губерніяхъ, отъ польши возвращенныхъ, злоупотребленій въ поддѣлкѣ фальшивыхъ документовъ для доказательства дворянскаго достоинства. Въ слѣдствіе сего, указомъ 19 декабря 1833 г. (6644 п. 3), предписано: для предотвращенія подобныхъ безпорядковъ по веденію метрическихъ книгъ поставить духовенству въ обязанность доставлять въ уѣздные суды ежегодно вѣрныя и точныя копіи метрикъ, какія представляются эпархіальному начальству.

Правильное совершеніе общихъ актовъ состоянія было бы однимъ изъ главныхъ средствъ къ предупрежденію споровъ самыхъ запутанныхъ и затруднительныхъ для судебныхъ мѣстъ и самыхъ щекотливыхъ для частныхъ лицъ.

Между тѣмъ возникающія у насъ тяжбы по дѣламъ этого рода показываютъ, что составленіе общихъ актовъ состоянія у насъ не доведено до той степени совершенства, коей требуетъ важность этихъ актовъ.

Кажется, что законы 1802 и 1833 г. указываютъ на возможность улучшенія у насъ этой важной части законодательства. Повѣрка общихъ актовъ состоянія свѣтскими властями была бы самою успѣшною мѣрою для предупрежденія споровъ, столь затрудняющихъ судебныя мѣста въ настоящее время.

Съ этою же цѣлью и въ проектѣ гражданскаго уложенія графа Сперанскаго предположено было установить у насъ кромѣ духовныхъ, *гражданскія метрическія книги*, въ которыя бы вносились буквально всѣ метрическія свидѣтельства, выдаваемыя духовенствомъ.

По проекту сему полагалось вести гражданскія метрическія книги:

1) Для дворянъ и помѣщичьихъ крестьянъ въ уѣздномъ судѣ.

2) Для купцовъ и мѣщанъ въ магистратахъ и ратушахъ.

3) Для казенныхъ крестьянъ въ волостномъ правленіи.

Разсылку этихъ книгъ по принадлежности въ суды, магистраты и проч. предложено было возложить на казенную палату.

Учрежденіе гражданскихъ метрическихъ книгъ получаетъ особенную важность въ настоящее время послѣ крестьянской реформы.

Общіе акты состоянія, или правильнѣе акты гражданскаго состоянія, имѣютъ особенную важность не только въ отношеніи къ частнымъ лицамъ, но они заключаютъ въ себѣ общій государственный интересъ, и съ уменьшеніемъ сословныхъ преимуществъ получаютъ нынѣ обширное значеніе.

До настоящаго времени на практикѣ толь-

ко привилегированныя сословія заботились о сохраненіи правъ своихъ и потому наблюдали за составленіемъ церковнослужительскихъ актовъ состоянія, а большинство народа не придавало этимъ актамъ особенной важности. Кажется, что съ разрѣшеніемъ крестьянскаго вопроса не возможно представить составленіе сихъ важныхъ актовъ исключительно усмотрѣнію духовенства безъ заявленія актовъ состоянія предъ свѣтскою властью. Это заявленіе или повѣрка актовъ состоянія будетъ оглашеніемъ этихъ актовъ въ гражданскомъ обществѣ, а оглашеніе имѣетъ двоякую цѣль, выраженную и въ указѣ 1802 г., именно: предупрежденіе подлоговъ и облегченіе исчисленія жителей.

Учрежденіе гражданскихъ метрическихъ книгъ не должно ни повлечь за собою необходимости учреждать особые органы правительства, ни потребовать новыхъ издержекъ. Стоитъ только назначить опредѣленную плату за составленіе каждаго акта состоянія.

Такое постановленіе послужило бы даже къ болѣе успѣшному взысканію податей: ибо всякое взысканіе въ пользу казны значительно облегчается, если оно установляется не по произвольному назначенію власти, а за составленіе акта, имѣющаго судебную достовѣрность и ограждающаго права лица, подвергаемаго взысканію.

Въ прежнее время веденіе общихъ актовъ гражданскаго состоянія во всей Европѣ было возложено на духовенство; только во Франціи свѣтской власти принадлежало право повѣрки этихъ актовъ. Основныя начала этой повѣрки, по указаніямъ французскихъ юристовъ, заключались въ наказахъ XVI—XVIII столѣтій (1539, 1579, 1667 и 1736 годовъ). Въ 1792 г. и самое веденіе сихъ актовъ возложено уже не на духовенство, а на общинную полицейскую власть, и именно на мера. Акты сіи ведутся въ двухъ экземплярахъ, изъ коихъ одинъ хранится въ общинѣ, а другой въ канцеляріи окружнаго суда.

Бордо, въ своемъ сочиненіи: *philosophie de la procédure civile*, разбирая вопросъ о средствахъ

уменьшить число процессовъ показываетъ (р. 247 и 248), что учрежденіе правилъ веденія актовъ во Франціи принесло въ этомъ отношеніи существенную практическую пользу. Онъ говоритъ, что до установленія въ XVI столѣтіи основныхъ объ этомъ правилъ во Франціи, было неисчислимое множество процессовъ о законности о рожденіи, совершеннолѣтіи и т. п., что для разрѣшенія этихъ процессовъ необходимо было назначать всякой разъ слѣдствія, которыя продолжались очень долго, весьма часто не разъясняя нисколько достовѣрность событія, и обременяли частныя лица раззорительными издержками.

Въ настоящее столѣтіе повѣрка актовъ состоянія свѣтскою властью мало по малу вводится и въ другихъ государствахъ: французская система введена въ Бельгіи, Голландіи, въ Неаполитанскомъ королевствѣ, въ Греціи и въ нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи. Даже англійскіе законодатели, которыхъ никакъ нельзя упрекнуть въ безсознательномъ подражаніи иностраннымъ законамъ, ввели у себя эту повѣрку. *Anthoine de S-t. Joseph*, въ своемъ сравнительномъ кодексѣ гражданскаго права (Т. II р. 210), говоритъ, что въ Англіи до настоящаго времени реестры духовные служили единственнымъ доказательствомъ рожденія, брака и смерти, но послѣдними актами парламента установлены особые реестры, которые ведутся свѣтскою властью, независимо отъ церковныхъ реестровъ.

Въ Польшѣ акты гражданскаго состоянія ведутся вмѣстѣ съ церковными метриками, но каждый актъ записывается въ двухъ экземплярахъ: въ книгѣ, остающейся въ приходѣ и въ книгѣ, ежегодно посылаемой въ ипотечный архивъ.

Это правило указываетъ нѣкоторымъ образомъ на общія свойства дѣйствія по удостовѣренію актовъ состоянія и веденія ипотечныхъ книгъ поземельной собственности. И дѣйствительно: ипотечныя книги суть не что иное, если можно такъ выразиться, какъ *акты гражданскаго состоянія недвижимой собственности*, и это сближеніе двухъ повидимо-

му разнородныхъ по предметамъ своимъ установленій, показываетъ всю важность повѣрки актовъ состоянія свѣтскою властью.

Если для удостовѣренія принадлежности недвижимой собственности во всей Европѣ признано необходимымъ учрежденіе ипотечныхъ книгъ, и вполнѣ доказана польза сего учрежденія, въ отношеніи уменьшенія числа тяжбъ и болѣе правильнаго и скорѣйшаго разрѣшенія споровъ о поземельной собственности, то изъ сего можно съ достовѣрностью заключить, что правильное веденіе книгъ объ актахъ состоянія и повѣрка оныхъ свѣтскою властью, значительно упроститъ и ускоритъ наше судопроизводство, и вообще принесетъ благодѣтельныя послѣдствія.

Все вышеизложенное приводитъ къ заключенію, что въ настояще время слѣдовало бы дать правилу, изложенному въ ст. 1621 т. IX зак. о сост. о повѣркѣ актовъ состоянія свѣтскою властью, полное дѣйствіе.

Для сего при каждой единицѣ общиннаго или полицейскаго устройства слѣдуетъ завести книги, въ которыя акты состоянія вносились бы буквально по мѣсту рожденія, бракосочетанія или смерти каждаго лица. Записка рожденія въ общинной книгѣ опредѣляетъ мѣсто жительства лица. Свѣдѣніе о бракѣ и смерти сообщается всегда общинной власти по мѣсту жительства.

Такимъ образомъ веденіе актовъ состоянія упроститъ и правила объ актахъ политическаго состоянія по отношенію къ государству и послужитъ однимъ изъ важныхъ условій правильной администраціи и упрощенія законовъ судопроизводства. Всѣ затрудненія, возникающія по опредѣленію принадлежности къ сословіямъ, по розыскамъ, безвѣстному отсутствію и т. п. имѣютъ одну общую причину: *неправильное веденіе актовъ состоянія*. Учрежденіе это введетъ въ наше законодательство начало единства въ дѣйствіяхъ охранительнаго порядка, и дастъ возможность упростить и ускорить производство и окончаніе тяжебныхъ дѣлъ.

VI) ОБЪ ОПЕКУНСКИХЪ ДѢЛАХЪ.

Для того, чтобы законодательныя преобразованія были дѣйствительно улучшеніемъ существующаго порядка, необходимо, при всякомъ преобразованіи, принимать существующія законоположенія за точку исхода новыхъ предположеній, устраняя мало по малу недостатки дѣйствующихъ законовъ.

Посему и въ настоящемъ случаѣ слѣдуетъ обозрѣть существующія нынѣ узаконенія объ опекахъ и указать кратко на существенные ихъ недостатки.

По дѣйствующимъ нынѣ законамъ, опекунское управленіе назначается у насъ въ слѣдующихъ 20-ти случаяхъ, которые можно подвести подъ IV главныя категоріи.

I. *Назначеніе опеки надъ лицами, которыя не могутъ пользоваться гражданскими правами, именно:*

1) По малолѣтству и несовершеннолѣтію (Т. X ч. I зак. гражд. 262—364).

2) По безумію, сумасшествію (Т. X ч. I зак. гражд. ст. 365—380).

3) По глухотѣ и нѣмотѣ (Т. X ч. I зак. гражд. ст. 381 и 382).

4) По неизвѣстности объ открывшемся наслѣдствѣ, неявкѣ наслѣдниковъ къ имуществу, оставшемуся послѣ умершаго (Т. X ч. I зак. гражд. ст. 1164—1241).

II. *Назначеніе опеки въ случаѣ споровъ.*

1) О раздѣлѣ имѣнія (Т. X ч. I зак. гражд. ст. 1317; Т. X ч. II гр. суд. ст. 682).

2) О духовныхъ завѣщаніяхъ (Т. X ч. I ст. 1098; Т. X ч. II ст. 680).

III. *Назначеніе опеки по распоряженію административной власти.*

1) За неплатежъ недоимокъ (Т. II ч. I общ. губ. учрежд. ст. 2693; Т. V уст. о под. ст. 672—684; Т. IX кн. I зак. сост. 1115

и 1116; Т. X ч. II зак. гражд. судопр. ст. 2032).

2) За неплатежъ долга въ кредитныя установленія (Т. II ч. I общ. губ. учрежд. ст. 546; Т. X ч. II зак. гр. суд. 2032; Т. XI ч. II уст. кред. ст. 462—475; Т. XIII уст. общ. призр. ст. 188—194).

3) За необезпеченіе продовольствія крестьянъ (Т. XIII уст. общ. призр. ст. 210).

4) За злоупотребленіе помѣщичьей власти (Т. II ч. I, общ. губ. учрежд. ст. 529 и 531; Т. IX зак. о сост. ст. 1109, 1110 и 1111; Т. X ч. I зак. гражд. ст. 1022; Т. XIV уст. пред. и пресѣч. преступ. ст. 420—435).

5) Неимѣніе права владѣть населенными имѣніями (Т. IX зак. о сост. ст. 210 и 1084; Т. X ч. 1 зак. гражд. примѣч. къ ст. 1022-й и 1308—1310).

6) По случаю лишенія дворянскаго состоянія (Т. IX зак. о сост. ст. 227 пункт. 3 и 4; Т. X ч. I зак. гражд. ст. 1108).

7) За дозволеніе евреямъ содержать питейныя заведенія (Т. V уст. пит. прилож. къ ст. 51 п. 16; Т. XV улож. о нак. ст. 775).

8) За пребываніе за границею долѣе законнаго срока (Т. XV улож. о наказ. ст. 368 и 369; Т. X ч. II зак. гражд. ст. 1850 прил.).

9) За отступленіе отъ православія (Т. XIV уст. пред. и прес. прест. ст. 50).

10) По расточительности (Т. XIV уст. пред. и прес. прест. ст. 237—240).

IV. *Назначеніе особыхъ видовъ опеки по случаю несостоятельности.*

1) Конкурское управленіе (Т. X ч. II гражд. судопроизвод. ст. 1010).

2) Посредническія коммисіи (Т. X ч. II Гражд. судопр. ст. 1035—1045).

3) Попечительства (Т. X ч. II гражд. судопр., прим. къ ст. 1849).

4) Опеки надъ имѣніемъ, которое можетъ достаться лицу, признанному неосторожнымъ должникомъ (Т. X ч. II гражд. судопр. ст. 1029).

Простое исчисленіе означенныхъ случаевъ

служитъ уже указаніемъ на причины несовершенства нашихъ законовъ объ опекахъ.

Причины эти можно привести къ слѣдующимъ видамъ:

1) Многочисленность случаевъ назначенія опекъ.

2) Разнообразіе мѣстъ, завѣдывающихъ опекунскими дѣлами.

3) Неопредѣлительность правилъ о назначеніи опеки и надзоръ за опекунскими учрежденіями.

Разсмотрѣніе каждой изъ этихъ причинъ отдѣльно приводитъ къ слѣдующимъ выводамъ.

1) *Многочисленность случаевъ назначенія опекъ.*

По общимъ началамъ гражданскаго права, опека есть учрежденіе, необходимое собственно для лицъ неполноправныхъ, которыя не имѣютъ фактической возможности пользоваться своими правами, каковы суть: малолѣтныя и несовершеннолѣтнія, безумныя и сумасшедшія, глухія и нѣмыя и наконецъ лица, находящіяся въ безвѣстномъ отсутствіи.

Опека надъ несовершеннолѣтними извѣстна у насъ съ древнихъ временъ; опека надъ безумными и сумасшедшими есть учрежденіе Петра Великаго; опека надъ глухими и нѣмыми принадлежитъ къ учрежденіямъ настоящаго столѣтія, наконецъ опека надъ безвѣстноотсутствующими у насъ вовсе не развита. Зародышъ ея кроется въ ст. 1164 и 1241 Т. X ч. I, по коимъ, въ случаѣ неявки наслѣдниковъ по сдѣланнымъ вызовамъ къ полученію наслѣдства въ полугодовой срокъ, имѣніе поступаетъ въ опекунское управленіе, и въ приложеніи къ ст. 1850 Т. X ч. II, гдѣ установлены правила, какъ поступать съ имуществами лицъ, оставшихся за границею далѣе узаконеннаго срока.

Назначеніе опеки, въ случаѣ споровъ о раздѣлѣ имѣнія и о духовныхъ завѣщаніяхъ, относится болѣе къ правиламъ спорнаго производства.

Десять случаевъ назначенія опеки админи-

стративною властью, кажется, совершенно излишни. По крайней мѣрѣ, въ настоящее время, многіе изъ нихъ должны быть устранены по поводу преобразованія финансовой системы и уничтоженія крѣпостнаго состоянія.

Такимъ образомъ, разсматривая отдѣльно случаи, отнесенные къ 3-й категоріи опекъ, нельзя не замѣтить:

а) Что правило о назначеніи опеки за неплатежъ недоимокъ, введенное у насъ манифестомъ 18-го Декабря 1797 г., объ учрежденіи государственнаго вспомогательнаго банка для дворянства (полн. собр. 1797 г. № 18274), нынѣ не имѣетъ практическаго значенія и вовсе недостигаетъ своей цѣли.

б) Что назначеніе опеки, за неплатежъ долга въ кредитныя установленія, замѣнится съ большимъ удобствомъ введеніемъ у насъ ипотечной системы, и вообще ипотечная систестема, можетъ быть, гораздо болѣе обезпечитъ права правительственныхъ учрежденій, чѣмъ назначеніе опеки.

в) Что опеки, назначаемыя за необезпеченіе продовольствія крестьянъ, за злоупотребленіе помѣщичьей власти, по неимѣнію права владѣть населенными имѣніями и по лишенію дворянскаго состоянія, упадаютъ сами собою съ изданіемъ положеній 19-го Февраля 1861 г. о крестьянахъ, вышедшихъ изъ крѣпостной зависимости.

г) Что касается до послѣднихъ 4-хъ случаевъ, какъ то: дозволеніе евреямъ держать питейныя заведенія, пребываніе за границею болѣе опредѣленнаго срока, отступленіе отъ православія и расточительность, то ни-одинъ изъ нихъ ни въ какомъ случаѣ не долженъ бы служить особымъ основаніемъ къ назначенію опеки.

Наконецъ, разнообразные виды опекъ по поводу несостоятельности, какъ то: конкурсное учрежденіе, посредническія коммисіи и попечительства могутъ быть легко слиты въ одно учрежденіе при установленіи новыхъ правилъ о несостоятельности лицъ не торговаго званія.

2) *Разнообразіе мѣстъ, завѣдывающихъ опекунскими дѣлами.*

Опека, по различію сословій, принадлежитъ у насъ особымъ учрежденіямъ, называемымъ дворянскою опекою и сиротскимъ судомъ.

Первая, для потомственныхъ дворянъ, состоитъ подъ предсѣдательствомъ уѣзднаго предводителя дворянства, изъ уѣзднаго судьи и дворянскихъ засѣдателей уѣзднаго суда. Она состоитъ при уѣздномъ судѣ и составляетъ, можно сказать, особое присутствіе дворянскаго элемента этого суда, усиленное предсѣдательствомъ уѣзднаго предводителя (ст. 4062 т. II ч. 1 Общ. губ. учрежд.).

Сиротскій судъ, завѣдывающій опекою купцовъ, мѣщанъ, личныхъ дворянъ и разночинцевъ, состоитъ подъ предсѣдательствомъ городскаго головы, изъ двухъ членовъ магистрата и городоваго старосты (ст. 4560—4562). Онъ состоитъ при магистратѣ и составляетъ, равнымъ образомъ, усиленное присутствіе сего судебнаго мѣста.

Отношенія опекунскихъ учрежденій: дворянской опеки и сиротскаго суда, къ судебнымъ мѣстамъ не выражены въ законѣ положительно и возбуждаютъ, какъ по неопредѣлительности закона, такъ и по самому составу опекунскихъ учрежденій, разнообразныя затрудненія.

По своду 1842 г. (ст. 2223), дворянскія опеки принадлежали къ числу *судебныхъ мѣстъ* 1-й степени. По своду 1857 г. (ст. 204 и 500 т. X ч. 2 зак. гражд. судопр.), дворянская опека и сиротскій судъ не показаны уже въ числѣ *судебныхъ мѣстъ* 1-й степени. Но по статьѣ 4067 и 4563 т. II ч. 1. свод. губ. учрежд., дворянская опека состоитъ *на степени равной съ уѣзднымъ судомъ*, а сиротскій судъ, *въ степени подчиненности равенъ съ городовымъ магистратомъ.* Наконецъ, по статьѣ 4068 и 4565 того же тома, жалобы на опеку и сиротскій судъ приносятся въ гражданскую палату.

Если къ этому прибавить, что опека и сиротскій судъ, по самому составу своему, составля-

ютъ только усиленныя присутствія *мѣстъ судебныхъ*, то легко понять почему вопросъ: принадлежатъ ли опекунскія учрежденія къ судебнымъ или административнымъ мѣстамъ, возбуждаетъ и нынѣ тѣже самыя недоумѣнія и затрудненія, какія возникли при дѣйствіи прежняго закона (ст. 2223 т. X зак. гражд. изд. 1842), причислявшаго опеку и сиротскій судъ къ судебнымъ мѣстамъ 1-й степени.

Главныя изъ сихъ затрудненій состоятъ въ томъ, что опекунскія учрежденія, считая себя мѣстами судебными, примѣняютъ по необходимости къ опекунскимъ дѣламъ порядокъ судебный и при томъ спорный, и постановляютъ опредѣленія или въ частномъ или въ апелляціонномъ порядкѣ, между тѣмъ, какъ опекунскія дѣла, по свойству своему, не всегда подходятъ подъ правила апелляціоннаго порядка, что зависитъ отъ того общаго свойства дѣлъ сего рода, что въ нихъ вообще нѣтъ спора двухъ сторонъ, а просьба одного лица, или же и нѣсколькихъ лицъ, между собою согласныхъ. Напримѣръ: налагая на опекуна денежное взысканіе за упущеніе или безпорядки, опекунское мѣсто не можетъ соблюсти формы апелляціоннаго порядка. Оно не можетъ вызвать въ судъ истца и отвѣтчика, по той естественной причинѣ, что здѣсь нѣтъ истца, мѣсто коего замѣняетъ само судебное мѣсто, а есть одинъ только отвѣтчикъ опекунъ.

3) *Неопредѣлительность правилъ о назначеніи опеки и о надзорѣ за опекунскими учрежденіями.*

Отсутствіе въ законахъ какого либо особаго порядка для производства опекунскихъ дѣлъ и невозможность соблюдать въ семъ случаѣ всѣ правила судебнаго порядка даетъ широкій просторъ произволу опекунскихъ учрежденій.

По этому, будутъ ли опекунскія дѣла оставлены просто за судебными мѣстами, или возложены на особыя усиленныя присутствія

судебныхъ мѣстъ, или же наконецъ, совершенно отдѣлены отъ мѣстъ судебныхъ, во всякомъ случаѣ, необходимо установить точныя правила для производства опекунскихъ дѣлъ, которыя бы не допускали никакого смѣшенія дѣлъ спорныхъ и опекунскихъ. Въ этомъ, кажется, теперь состоитъ существенная потребность; что же касается до фактическаго отдѣленія опеки отъ мѣстъ судебныхъ, то оно, по необходимости, встрѣтитъ затрудненія уже и потому, что потребуетъ новыхъ учрежденій, новыхъ органовъ правительства; а какъ они будутъ дѣйствовать, предвидѣть это весьма трудно.

Первоначальное право быть опекуномъ, или же назначать опекуна, принадлежитъ, по нашимъ законамъ, прежде всего отцу или матери (ст. 226, 227 и 229), а за тѣмъ уже правительству (ст. 231); при чемъ опекуны могутъ быть назначаемы, какъ изъ родственниковъ или свойственниковъ малолѣтныхъ, такъ и изъ лицъ постороннихъ (ст. 254).

Только для губерній черниговской и полтавской къ опекѣ надъ несовершеннолѣтними, оставшимися безъ отца и матери, и если при томъ въ завѣщаніи опекуновъ не назначено, призываютъ родственниковъ или свойственниковъ малолѣтныхъ въ особомъ порядкѣ, указанномъ въ статьѣ 232 т. X. ч. 1 свод. зак. гражд.

Въ отношеніи назначенія опекуновъ къ малолѣтнымъ, въ европейскихъ законодательствахъ существуютъ двѣ совершенно различныя системы.

Первая система: по коей опека есть особенное правительственное учрежденіе, и *вторая*, гдѣ опека принадлежитъ семейству и является подъ видомъ семейнаго совѣта.

Сущность различія этихъ двухъ системъ состоитъ въ томъ, что по первой или правительственной, государство преобладаетъ надъ семейнымъ началомъ, а во второй или семейной замѣтно преобладаніе семейнаго начала. Опека считается здѣсь законнымъ достояніемъ отца или матери или же родственниковъ, въ томъ же порядкѣ, какъ и право наслѣдства.

Существо правилъ второй системы или семейнаго совѣта состоитъ въ слѣдующемъ:

Права малолѣтныхъ, лицъ лишенныхъ нѣкоторыхъ физическихъ способностей, отсутствующихъ и вообще всѣхъ лишенныхъ возможности управлять имѣніемъ, состоятъ подъ непосредственнымъ покровительствомъ правительственныхъ органовъ судебной власти, или такъ называемаго публичнаго министерства, а чрезъ ихъ посредство, и подъ покровительствомъ мѣстъ судебныхъ. Посему и семейный совѣтъ не составляетъ независимаго учрежденія, но, въ порядкѣ судебнаго управленія, подчиненъ мѣстамъ судебнымъ.

Семейный совѣтъ собирается подъ предсѣдательствомъ мироваго судьи.

Семейный совѣтъ, подъ предсѣдательствомъ мироваго судьи, наблюдаетъ за опекунами по управленію имѣніемъ. Безъ его разрѣшенія, опекунъ не можетъ ни принять, ни отказаться отъ наслѣдства малолѣтнаго, ни совершать какихъ либо договоровъ и условій, или же приступать къ какимъ либо дѣйствіямъ, выходящимъ изъ предѣловъ управленія имѣніемъ (ст. 450 и слѣд. фр. гр. код.).

Семейный совѣтъ можно считать первою степенью суда. На рѣшенія его приносятъ жалобы окружному суду (*tribunal d'arrondissement*, ст. 833 франц. гражд. судопр.). Заемъ или отсужденіе имѣнія семейный совѣтъ допускаетъ не иначе, какъ съ разрѣшенія сего суда (ст. 458 фр. гр. код.), въ порядкѣ добровольнаго производства.

Этотъ порядокъ состоитъ въ слѣдующемъ: опекунъ или членъ семейнаго совѣта подаетъ о томъ прошеніе въ судъ и представляетъ мнѣніе семейнаго совѣта. Предсѣдатель передаетъ дѣло на заключеніе прокурора и назначаетъ судью для *письменнаго* доклада дѣла. За тѣмъ судъ постановляетъ рѣшеніе по общему порядку (ст. 885 и 886 фр. гр. судопр.). Рѣшенія, послѣдовавшія на основаніи мнѣнія семейнаго совѣта, подлежатъ аппеляціи (ст. 889).

Преимущество той или другой системы

составляетъ предметъ спорный между юристами, практиками и теоретиками.

Защитники правительственной системы доказываютъ, что семейный совѣтъ имѣлъ обширное значеніе при первоначальномъ развитіи государства у народовъ, близкихъ еще къ природѣ, когда родственныя связи были тѣснѣе, и родственный союзъ имѣлъ болѣе вліянія на права и обязанности всѣхъ его членовъ. Но съ теченіемъ времени, съ успѣхомъ народа на пути гражданскаго образованія, родственныя связи утрачиваютъ свое значеніе и вліяніе ихъ должно ослабѣвать. Частное лицо, сознавая свою самостоятельность, стремится освободить себя отъ оковъ союза родственнаго; а правительство, пріобрѣтая силу и заботясь о благосостояніи отдѣльныхъ членовъ общества, вступаетъ въ тѣ права, которыя прежде принадлежали родственникамъ.

Напротивъ того, защитники системы семейнаго совѣта утверждаютъ, что система, существовавшая при первоначальномъ развитіи государства, есть не что иное, какъ первообразъ окончательной системы государства, правильно образованнаго; что частныя лица, сознаютъ свою самостоятельность и въ отношеніи къ родственному союзу и въ отношеніи къ государству; но развитіе ихъ самостоятельности никакъ не можетъ нарушать естественнаго закона; что только мелкія государства вторгаются въ права родственнаго союза, и ослабляютъ тѣмъ самое важное вліяніе естественнаго закона на правильное развитіе государства.

Конечно нельзя не признать, что учрежденіе семейнаго совѣта имѣетъ большія неудобства и требуетъ осторожнаго надзора. Весьма частые случаи семейныхъ раздоровъ служатъ положительнымъ доказательствомъ, что страсть къ деньгамъ нерѣдко преобладаетъ надъ родственною любовью. Этимъ кажется, можно объяснить законъ, существующій въ Англіи, что опека принадлежитъ тому изъ ближайшихъ родственниковъ, кто не имѣетъ правъ наслѣдтва послѣ малолѣтнаго, находящагося у него въ опекѣ; но кажется, что, разбирая

всѣ трудности учрежденія правительственной опеки и сравнивая ихъ съ неудобствами семейнаго совѣта, нельзя не отдать предпочтенія послѣдней системѣ предъ первою.

Тѣмъ неменѣе нельзя не признать, что учрежденіе семейнаго совѣта невозможно въ тѣхъ государствахъ, гдѣ нѣтъ такого органа судебной власти, какъ мировой судья, — этотъ необходимый дѣятель большей части случаевъ въ дѣлахъ охранительнаго порядка.

Слѣдовательно съ учрежденіемъ мироваго судьи и положеніе объ опекахъ можетъ быть разрѣшено на правильномъ основаніи.

Въ проектѣ гражданскаго уложенія 1810 г. графа Сперанскаго предполагалось установить слѣдующія по сему предмету правила:

1) Для надзора за опеками и для разрѣшенія въ потребныхъ случаяхъ ихъ представленій, учреждаются суды, подъ названіемъ опекунскихъ, по волостямъ, округамъ, городамъ, и губерніямъ.

2) Въ помощь опекунскимъ судамъ и для разрѣшенія случаевъ, ниже сего подробно означенныхъ, составляется семейственный совѣтъ.

3) Семейственный совѣтъ составляется изъ родственниковъ, подъ предсѣдательствомъ начальника опекунскаго уѣзднаго, или городоваго суда.

4) Ближайшіе родственники, въ составѣ семейственнаго совѣта, предпочитаются отдаленнымъ.

5) Семейственный совѣтъ собирается, по приглашенію предсѣдателя изъ родственниковъ, въ той же губерніи живущихъ, а при недостаткѣ оныхъ приглашаются и отсутствующіе.

6) Отсутствующіе родственники могутъ участвовать въ совѣтѣ посредствомъ письменныхъ отзывовъ ихъ на предложенные къ разрѣшенію случаи, или уполномочивая вмѣсто себя другихъ родственниковъ или и постороннихъ; но двое одного уполномочивать не могутъ.

7) Семейственный совѣтъ не можетъ имѣть менѣе трехъ членовъ и болѣе шести.

8) Гдѣ нѣтъ трехъ членовъ въ присутствіи, а отсутствующіе въ теченіи поверстнаго срока не соберутся, или не пришлютъ своихъ отзывовъ, тамъ всѣ обязанности семейственнаго совѣта переходятъ на опекунскій судъ.

9) по недостатку родственниковъ, лица, соединенныя свойствомъ съ несовершеннолѣтнимъ, занимаютъ ихъ мѣсто по близости ихъ степеней.

Руководствуясь сими мыслями слѣдовало бы при составленіи новаго положенія объ опекахъ:

во 1-хъ) уменьшить случаи назначенія опекъ;

во 2-хъ) не учреждать новыхъ особыхъ административныхъ инстанцій для завѣдыванія опекунскими дѣлами;

въ 3-хъ) опредѣлить съ точностію порядокъ разсмотрѣнія въ судебныхъ мѣстахъ дѣлъ по опекамъ;

въ 4-хъ) дать болѣе правильное развитіе семейному совѣту, собирая его подъ предсѣдательствомъ мироваго судьи и подчинивъ этотъ совѣтъ надзору прокурора.

За симъ слѣдуетъ изложить охранительный порядокъ правъ на имущества. Сюда принадлежатъ: совершеніе актовъ, вводъ во владѣніе и ипотечная система, т. е. основныя начала *нотаріата* въ обширномъ смыслѣ общаго понятія: *укрѣпленіе правъ на имущества* (ст. 707 т. X ч. 1 зак. гр.).

За тѣмъ необходимо будетъ разрѣшить слѣдующіе вопросы: что такое охранительные законы, какое они имѣютъ отношеніе къ первой части тома X-го и въ какомъ объемѣ слѣдуетъ разсматривать ихъ въ точное исполненіе статей 135—138 ч. III основныхъ положеній судебной реформы.

Разрѣшеніе этихъ вопросовъ составитъ предметъ особой статьи.




МАТЕРІАЛЫ

ДЛЯ РАЗРАБОТКИ

ОХРАНИТЕЛЬНАГО ПРОИЗВОДСТВА

(окончаніе).

ОХРАНЕНІЕ ПРАВЪ НА ИМУЩЕСТВА.

Охраненіе правъ на имущества составляетъ самую обширную часть законовъ гражданскихъ: сюда относятся всѣ правила о совершеніи актовъ, о вводѣ во владѣніе имѣніемъ и о распоряженіяхъ по открытію наслѣдства: какъ то:

А. *Совершеніе актовъ.*

1) совершеніе актовъ вообще, т. X ч. I зак. гражд. ст. 712—916;

2) совершеніе дарственныхъ записей, ст. 987—990;

3) совершеніе рядныхъ записей, ст. 1006—1007;

4) совершеніе крѣпостныхъ завѣщаній, ст. 1036—1045;

5) совершеніе раздѣльныхъ актовъ, ст. 1341—1345;

6) совершеніе купчихъ крѣпостей, ст. 1417—1468;

7) совершеніе договоровъ вообще, ст. 1531—1535;

8) совершеніе закладныхъ крѣпостей, ст. 1642—1648;

9) совершеніе актовъ о закладѣ движимаго имущества, ст. 1667—1675;

10) совершеніе запродажныхъ записей, ст. 1680—1683;

11) совершеніе актовъ о наймѣ имуществъ и отдачѣ оныхъ въ содержаніе, ст. 1700—1704;

12) совершеніе договоровъ по подрядамъ и поставкамъ, ст. 1742—1743;

13) совершеніе договоровъ о казенномъ подрядѣ, ст. 1769—2011;

14) совершеніе заемныхъ обязательствъ, ст. 2031—2049;

15) совершеніе договоровъ о личномъ наймѣ, ст. 2224;

16) совершеніе довѣренностей, ст. 2308—2325.

Б. *Вводъ во владѣніе.*

1) вводъ во владѣніе вообще, ст. 925—929;

2) вводъ по дарственнымъ записямъ, ст. 987—993;

3) вводъ по духовнымъ завѣщаніямъ, ст. 1097—1103;

4) вводъ по наслѣдству, ст. 1296—1314;

5) вводъ во владѣніе по размѣну, ст. 1378;

6) вводъ во владѣніе по купчимъ крѣпостямъ, ст. 1523—1527.

В. *Распоряженія по открытію наслѣдства.*

1) опись, опечатаніе и храненіе имуществъ, оставшихся послѣ умершихъ, ст. 1226—1238.

2) вызовъ наслѣдниковъ, ст. 1239;

3) порядокъ производства раздѣловъ, ст. 1315—1340;

4) порядокъ наслѣдованія въ имуществѣ выморочномъ, ст. 1162—1183;

5) выкупъ родовыхъ имѣній, ст. 1363, 1367.

Всѣ эти правила подлежатъ измѣненію вмѣстѣ съ усовершенствованіемъ нотаріальной части и ипотечной системы и потому должны составлять предметъ совершеннаго особаго изслѣдованія, выходящаго изъ предѣловъ настоящей статьи.

Заключеніе.

За симъ остается только разрѣшить вопросы:

1) что такое охранительные законы и какое они имѣютъ отношеніе къ первой части тома X-го;

2) въ какомъ объемѣ слѣдуетъ ихъ разсма-

тривать въ точное исполненіе статей 135—138 ч. III основныхъ положеній.

На *первый вопросъ* отвѣчать очень легко: охранительные законы въ сущности суть не что иное, какъ самая обширная часть нашихъ гражданскихъ законовъ—ибо задача гражданскихъ законовъ состоитъ не въ созданіи правъ, а только въ опредѣленіи порядка ихъ охраненія, удостовѣренія и исполненія, такъ что если раздѣлить гражданскіе законы на охранительные и положительные, то въ законахъ охранительныхъ сосредоточится почти вся первая часть тома X-го, и за тѣмъ положительныхъ законовъ останется очень мало.

Современные юристы идутъ гораздо далѣе: они доказываютъ, что въ гражданскихъ законахъ вовсе не должны имѣть мѣста законы положительные, а одни только охранительные законы.

Вотъ что говоритъ объ этомъ одинъ изъ иностранныхъ современныхъ писателей *Маньяни:*

«Юристы раздѣляютъ гражданскіе законы на положительные и охранительные, объясняя, что *первые* имѣютъ въ виду опредѣленіе самаго права, а *послѣдніе* указываютъ только способы его охраненія, удостовѣренія и приведенія въ дѣйствіе».

«Если принять въ соображеніе, что гражданскія права вообще не столько зависятъ отъ воли законодателя, сколько отъ закона естественнаго, то сдѣлается очевиднымъ, что законы гражданскіе не создаютъ правъ, но только ограждаютъ ихъ, обезпечивая ихъ удостовѣреніе, охраненіе и исполненіе. Слѣдовательно законовъ положительныхъ, въ строгомъ смыслѣ этого слова, и не должно быть, и гражданскіе законы должны бы имѣть въ виду исключительно охраненіе правъ, опредѣленными внѣшними формами и обрядами.»

«Многіе думаютъ, что кромѣ законовъ судопроизводства вовсе не существуетъ законовъ *охранительныхъ*, т. е. имѣющихъ въ виду охраненіе правъ, посредствомъ внѣшнихъ формъ и обрядовъ; но это несправедливо.»

«Конечно никто не отрицаетъ необходимости законовъ, опредѣляющихъ формы и обряды проявленія безспорныхъ, прирожденныхъ каждому члену общества, правъ гражданскихъ; напримѣръ: закона, удостовѣряющаго и охраняющаго права союза брачнаго, формами, имѣющими цѣлью предупредить возможность нарушенія естественныхъ правъ дѣтей, происшедшихъ отъ законнаго брака; закона, опредѣляющаго необходимыя формы перехода правъ собственности между живыми контрагентами; закона, опредѣляющаго форму выраженія воли умершаго относительно оставшагося послѣ него имущества; закона, опредѣляющаго формы совершенія договоровъ между частными лицами и другихъ тому подобныхъ законовъ.»

«Очевидно, что подобные законы не создаютъ правъ и даже не опредѣляютъ ихъ, но только обставляютъ ихъ такими внѣшними условіями, которыя даютъ возможность полнаго осуществленія правъ, прирожденныхъ человѣку по его природѣ и по условіямъ общественной жизни.»

«Установленіе закона предполагаетъ волю законодательной власти, но при кодификаціи началъ естественной справедливости не можетъ быть мѣста выраженію воли, ибо эти начала зависятъ отъ развитія науки. Когда законодатель говоритъ, что каждому должно быть отдано ему принадлежащее—каждому свое *(suum cuique tribuere)*, то здѣсь нѣтъ закона новаго, а есть только выраженіе обязанности законодателя охранять такіе законы, установленіе и нарушеніе коихъ отъ его воли зависѣть не можетъ.»

«Прямой источникъ такихъ законовъ есть разумная сторона природы человѣческой и наука, составляющая естественное ея развитіе.»

«Если въ наукѣ встрѣчаются пробѣлы, возбуждающіе сомнѣнія или споры, и законодатель считаетъ необходимымъ, для поддержанія общественнаго порядка, сдѣлать постановленіе, клонящееся къ тому, чтобъ подобныя недоумѣнія не нарушали частныхъ правъ, то

онъ имѣетъ на это полное право; но даже и въ этомъ случаѣ законъ не создаетъ права, а только охраняетъ его отъ тѣхъ нарушеній, которымъ оно могло бы подвергнуться вслѣдствіе несовершенства науки. Гражданскій законъ и въ этомъ случаѣ не утрачиваетъ своего существеннаго характера, состоящаго въ томъ, что онъ только избираетъ одну изъ возможныхъ внѣшнихъ формъ охраненія права, а никакъ его не создаетъ и не нарушаетъ права существующаго: однимъ словомъ, законъ гражданскій не долженъ, и выражаясь сильнѣе и справедливѣе, не можетъ ни замѣнить собою общихъ началъ права естественнаго, ни итти противъ нихъ.

«Въ этомъ отношеніи произволъ законодателя, т. е. дурная сторона законодательства, ибо безусловно хорошаго нѣтъ ничего на свѣтѣ, ограничивается силою вещей и встрѣчаетъ прямое противодѣйствіе въ самой природѣ».

«И такъ, законъ гражданскій можетъ только отчасти, установленіемъ внѣшнихъ формъ и обрядовъ охранительнаго производства, дополнять безусловное господство началъ естественнаго права.

«Для этого законодатель, въ предѣлахъ необходимыхъ условій существованія общества, установляетъ охранительныя формы противъ злоупотребленій, которыя, съ теченіемъ времени, не только разрушили бы коренныя начала правды, освящающія необходимость власти въ государствѣ, но и сдѣлали бы невозможнымъ существованіе какого бы то ни было общества. Законодатель, который идетъ противъ началъ, входящихъ въ область науки, рискуетъ быть свидѣтелемъ тѣхъ страшныхъ государственныхъ переворотовъ, которые во всякомъ случаѣ составляютъ только послѣдствіе его произвола. Законъ есть власть-сила, и даже болѣе, законъ *долженъ быть* властью и силою, но онъ въ такомъ только случаѣ будетъ этою силою, если законодатель, отрѣшившись отъ магическаго обаянія власти, будетъ только покоряться высшимъ законамъ справедливости, отъ человѣка независящимъ.»

«Отсюда очевидно, что законодатель не создаетъ правъ, но охраняетъ только возможность ихъ исполненія, указаніемъ внѣшнихъ формъ, измѣняющихся вмѣстѣ съ измѣненіемъ потребностей самаго общества.»

«Безусловный характеръ *права* состоитъ въ его неприкосновенности и неизмѣняемости; напротивъ, существенное значеніе *охранительныхъ законовъ* есть ихъ измѣняемость и согласованіе съ стремленіями общества къ безграничному совершенству.»

«Вѣчный и неизмѣняемый кодексъ гражданскаго права былъ бы нелѣпостью, потому, что въ немъ должны постоянно выработываться практическія правила, вызываемыя общественными нуждами, которыя ежедневно развиваются и развѣтвляются, въ силу общаго закона усовершенствованія человѣческой природы,—закона, допускающаго изъятія только частныя, случайныя и временныя.»

«Безусловныя начала правды имѣютъ, какъ выше замѣчено, такое свойство, что отъ законодателя не можетъ зависѣть принять ихъ или нѣтъ; они должны быть приняты безусловно; но они не могутъ быть кодифицированы: ибо сущность ихъ неуловима и число ихъ неограниченно.»

«Опытъ обнаружилъ, что попытки обращенія началъ естественнаго права въ положительные законы не уменьшаютъ, а напротивъ, значительно умножаютъ число споровъ и непорядковъ. Здравый смыслъ и практика показываютъ намъ, что нѣтъ правила безъ исключенія, именно потому, что общія начала никогда не могутъ обнимать всевозможныхъ юридическихъ отношеній. Чѣмъ общее они, тѣмъ они безполезнѣе и даже вреднѣе, ибо случаи, возникающіе въ жизни, имѣютъ всегда частный, исключительный характеръ.»

«Слѣдовательно гражданскій кодексъ необходимъ *какъ форма*, какъ *охраненіе права*, а не какъ *источникъ его*, и если мы внимательно разсмотримъ всѣ существующіе въ Европѣ кодексы законовъ гражданскихъ, то убѣдимся въ томъ, что все, что въ нихъ заключается полезнаго, касается только формъ и внѣшняго

охраненія права, а все что касается отвлеченныхъ идеальныхъ началъ права, приводится къ общимъ мѣстамъ, всегда безполезнымъ и нерѣдко составляющимъ причину споровъ и непорядковъ».

Вышеизложенныя соображенія показываютъ, какое важное значеніе имѣютъ охранительные законы въ ряду законовъ гражданскихъ. Хотя и трудно согласиться съ авторомъ этой статьи въ томъ, что въ гражданскихъ законахъ вовсе не должно быть законовъ положительныхъ, а разсужденія его объ исключеніи изъ гражданскихъ законовъ общихъ началъ естественной справедливости, входящихъ въ область науки, не состоятъ въ существенной связи съ вопросомъ, подлежащимъ нынѣ обсужденію коммисіи, но тѣмъ не менѣе нельзя кажется не согласиться съ нимъ въ томъ, что цѣль, задача гражданскихъ законовъ, есть не созданіе, а *охраненіе права,* установленіемъ внѣшнихъ формъ и обрядовъ, подлежащихъ исполненію въ порядкѣ добровольнаго или охранительнаго производства, и что слѣдовательно *охранительные законы*, въ томъ смыслѣ, какъ они разсматриваются въ настоящей статьѣ, *суть не что иное, какъ самый обширный отдѣлъ гражданскихъ законовъ.*

Второй вопросъ: въ какомъ объемѣ слѣдуетъ разсматривать охранительное производство въ точное исполненіе статей 135—138 ч. III основныхъ положеній, разрѣшается буквальнымъ содержаніемъ этихъ статей и соображеній Государственнаго Совѣта, на коихъ они основаны.

Въ основныхъ положеніяхъ (ч. III ст. 135—138), равно какъ и въ соображеніяхъ Государственнаго Совѣта, говорится не объ охранительныхъ законахъ вообще, а только *о порядкѣ обжалованія дѣйствій судебныхъ мѣстъ по дѣламъ, нынѣ называемымъ дѣлами судебнаго управленія.* Слѣдовательно задача коммисіи состоитъ не въ томъ, чтобы опредѣлить самый порядокъ охранительнаго производства *по просьбамъ* частныхъ лицъ, такъ какъ предметъ этотъ

относится, какъ выше доказано, къ гражданскому праву, а исключительно въ томъ, чтобы опредѣлить *порядокъ разсмотрѣнія жалобъ* на дѣйствія судебныхъ мѣстъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда по законамъ гражданскимъ требуется, въ удостовѣреніе правъ частныхъ лицъ, содѣйствіе мѣстъ и лицъ судебнаго вѣдомства.

Въ этомъ только смыслѣ и должны быть развиты ст. 135—138 ч. III основныхъ положеній. Всѣ остальныя предположенія выходятъ изъ круга дѣйствій коммисіи и относятся къ гражданскому праву, а потому могутъ имѣть мѣсто лишь при общемъ пересмотрѣ законовъ гражданскихъ (ч. 1 т. X).

Помѣщать въ книгѣ VII-й гражданскаго судопроизводства, взятыя отрывочно изъ гражданскихъ законовъ правила о вводѣ во владѣніе, о совершеніи актовъ, о раздѣлѣ наслѣдства и о другихъ дѣйствіяхъ мѣстъ судебныхъ или правительственныхъ въ порядкѣ охранительнаго производства, было бы и непослѣдовательно, и вредно для дѣла.

Непослѣдовательно потому, что эти дѣйствія составляютъ сущность гражданскаго права, а не судопроизводства; вредно для дѣла потому, что отрывочное ихъ разсмотрѣніе и измѣненіе разрушитъ необходимую связь охранительныхъ гражданскихъ законовъ съ положительными, и приведетъ къ разнымъ непредвидѣннымъ ошибкамъ и недосмотрамъ. Пересмотръ законовъ о дѣйствіяхъ охранительнаго порядка возможенъ только при пересмотрѣ общей системы гражданскихъ законовъ; тогда только можно будетъ разрѣшить безошибочно и вопросъ о томъ: возможно ли отдѣлить механически охранительные законы отъ положительныхъ и вопросъ о томъ: не слѣдуетъ ли всѣ дѣла охранительнаго порядка изъять изъ вѣдомства судебныхъ мѣстъ и для совершенія ихъ создать особыя учрежденія.

Правда, что во французскихъ кодексахъ нѣкоторыя дѣйствія охранительнаго порядка, напримѣръ объ опекахъ, осемейномъ совѣтѣ, объ открытіи наслѣдства и т. п., вошли въ уставъ

судопроизводства, а въ италіанскомъ гражданскомъ судопроизводствѣ, въ концѣ устава, помѣщена цѣлая книга VII, куда отнесена бо̀льшая часть дѣйствій охранительнаго порядка; но въ какой степени эта система заслуживаетъ подражанія, это еще спорный вопросъ: ибо и въ томъ и въ другомъ уставахъ эти правила составляютъ только развитіе и дополненіе соотвѣтствующихъ имъ статей кодексовъ гражданскаго права, такъ что при отдѣльномъ разсмотрѣніи этихъ правилъ судопроизводства ихъ и понять невозможно безъ разсмотрѣнія сдѣланныхъ въ нихъ ссылокъ на законы гражданскіе (см. уставъ французскаго гражданскаго судопроизводства ст. 814, 819, 832, 836, 859, 860, 881, 892, 895, 897, 898, 945, 966, 969, 975, 976, 977, 978, и многія другія, въ коихъ сдѣланы прямыя ссылки на гражданскіе законы).

Еслибы признано было необходимымъ опредѣлить самый порядокъ охраненія гражданскихъ правъ, то въ проектъ пришлось бы включать множество статей, состоящихъ въ тѣсной и почти неразрывной связи съ коренными началами гражданскаго права, напримѣръ:

1) *Усыновленіе*, которое у насъ вѣдается особымъ административнымъ порядкомъ.

2) *Опеку*, для которой въ первой инстанціи устроены особые, независимые отъ суда органы.

3) *Конкурсное производство*, которое у насъ вѣдается особымъ порядкомъ.

4) *Судебную провокацію*, для которой у насъ вовсе нѣтъ общихъ правилъ, а есть частные несознанные въ отдѣльности случаи, напримѣръ: вызовы наслѣдниковъ, кредиторовъ, публикацій о неимуществѣ, о находкѣ и т. п.

5) *Вотчинную и ипотекатурную транскрипцію*, для которой въ настоящее время нѣтъ и мѣста въ системѣ нашего гражданскаго права.

6) *Эманципацію*, которая у насъ замѣняется раздѣленіемъ на опеку и попечительство.

7) *Интердикцію*, которая относится у насъ къ административному порядку: свидѣтельство сумашедшихъ, расточительность и т. п.

Во всякомъ случаѣ, если со временемъ, при разработкѣ нашего законодательства вообще, и будетъ признано возможнымъ помѣстить въ гражданское судопроизводство правила о нѣкоторыхъ дѣйствіяхъ охранительнаго порядка, то во 1-хъ, этого предположенія не заключается въ основныхъ положеніяхъ, и во 2-хъ, оно можетъ быть разработано и приведено въ дѣйствіе только при пересмотрѣ гражданскихъ законовъ.

И такъ, въ настоящее время необходимо, для возможнаго согласованія стараго порядка съ новымъ, установить лишь нѣкоторыя правила по тѣмъ дѣламъ сего рода, кои, по дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ, предоставлены вѣдѣнію судебныхъ мѣстъ; правила собственно о порядкѣ разсмотрѣнія жалобъ на дѣйствія судебныхъ мѣстъ. Эти правила не могутъ быть многосложны.

Существенная мысль статей 135—138 основныхъ положеній состоитъ только въ томъ, чтобы въ законѣ сдѣлано было положительное разграниченіе порядка производства этихъ дѣлъ отъ общаго тяжебнаго порядка. Затѣмъ слѣдуетъ опредѣлить: куда приносятся жалобы, въ какой срокъ, какимъ порядкомъ разрѣшаются, какъ объявляются опредѣленія судебныхъ мѣстъ и какимъ порядкомъ они могутъ быть обжалованы.

Всѣ эти вопросы разрѣшаются весьма просто.

Жалобы должны приноситься, по примѣненію къ частному порядку, въ то же самое судебное мѣсто, которое совершило дѣйствіе, и вмѣстѣ съ его объясненіемъ должны быть отсылаемы въ высшую судебную инстанцію.

Срокъ на обжалованіе дѣйствій судебныхъ мѣстъ по дѣламъ сего рода, на точномъ основаніи ст. 137 основныхъ положеній, долженъ быть различаемъ, смотря по тому: было ли распоряженіе сіе объявлено частному лицу или нѣтъ: *въ первомъ случаѣ* срокъ долженъ исчисляться со времени объявленія распоряженія, а *въ послѣднемъ случаѣ*, со времени приведенія сего распоряженія въ дѣйствіе.

Высшая инстанція, можетъ, въ нѣкоторыхъ

случаяхъ, требовать объясненія отъ тѣхъ лицъ, правъ коихъ жалоба касается; напримѣръ:

1) мать совершила дочери дарственную запись на имѣніе, но чрезъ нѣсколько дней, разсердившись или передумавъ, проситъ судъ уничтожить актъ безспорнымъ порядкомъ; между тѣмъ дочь продала имѣніе другому лицу. Судъ уничтожаетъ дарственную запись въ порядкѣ охранительнаго производства, а лицо, купившее имѣніе у дочери, жалуется на это распоряженіе суда;

или 2) тяжущійся обязался по условію съ повѣреннымъ не уничтожать довѣренности, но потомъ просилъ судъ объ уничтоженіи,— судъ уничтожилъ довѣренность; повѣренный жалуется;

или 3) актъ совершенъ на имѣніе, находящееся въ нѣсколькихъ уѣздахъ и представленъ ко вводу во всѣ уѣзды. Вводъ совершенъ; но тотъ, кто оспариваетъ самый актъ, напримѣръ завѣщаніе, жалуется на неправильность ввода, доказывая, что актъ слѣдовало представить ко вводу не въ уѣздный судъ, а въ палату и т. п.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ есть другая сторона, но дѣло все еще не выходитъ изъ охранительнаго порядка, и справедливость требуетъ здѣсь предъявленія жалобы тому лицу, правъ коего она касается.

Но есть и другіе случаи, въ коихъ предъявленіе жалобы не требуется, напримѣръ:

1) Палата отказала кому либо въ явкѣ завѣщанія за неисправность формы; спора на завѣщаніе не было предъявлено въ палатѣ; въ этомъ случаѣ нѣтъ основанія сообщать кому либо жалобу для объясненія; ибо несправедливо было бы въ отношеніи къ просителю вызывать и розыскивать законныхъ наслѣдниковъ, отлагая такимъ образомъ разрѣшеніе его жалобы на неопредѣленное время;

или 2) судъ отказалъ въ совершеніи купчей по случаю наложенія запрещенія на продаваемое имѣніе. Въ этомъ случаѣ не можетъ быть извѣстно кому именно слѣдовало бы сообщить жалобу.

Разграничить въ законѣ случаи того и дру-

гаго рода, безъ пересмотра первой части нашихъ гражданскихъ законовъ, весьма трудно, и потому въ настоящее время надлежитъ въ этомъ отношенiи ограничиться общимъ правиломъ, что если въ производствѣ нисшаго суда участвовало, кромѣ просителя приносящаго жалобу, другое лицо, то въ сихъ случаяхъ, а равно и въ другихъ, когда судъ признаетъ это нужнымъ, онъ сообщаетъ сему лицу копiю съ принесенной жалобы и документовъ, назначая мѣсячный срокъ для доставленiя или присылки объясненiя.

На основанiи сихъ соображенiй составленъ слѣдующiй за симъ проектъ книги VII-й объ охранительномъ производствѣ.
